



٤٩٤

الصحاح الستة

في شرح

مرددات صاحب التلخيص

بإيد

عبد الإله الشيخ حسين الكوراني المحمدي

موسسة النشر الإسلامي

البيروت - لبنان

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

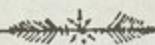
النَّوْحُ النَّافِعُ

في شرح

رَدِّدَاتِ صَاحِبِ الشَّرَاحِ

تأليف

حُجَّةُ الْإِسْلَامِ الشَّيْخِ حُسَيْنِ الْفَرُطُوسِيِّ الْحَوْزِيِّ



مُؤَسَّسَةُ النَّسْرِ الْإِسْلَامِيِّ

التَّابِعَةُ لِمَجْمَاعَةِ الْمَدْرِيسِيِّينَ بِبَغْدَادِ الْمَشْرِقِ

2271

,3553

,666

الكتاب: التوضيح النافع في شرح ترددات صاحب الشرائع

المؤلف: المرحوم الشيخ حسين بن علي الفرطوسي الحويزي

اللغة: عربي

الموضوع: فقه

عدد الصفحات: ٤٧٢

عدد الأجزاء: جزء واحد

الناشر: مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

الطبع: مطبعة مؤسسة النشر الاسلامي

المطبع: ٢٠٠٠ نسخة

الطبعة: الاولى

التاريخ: ١٤٠٩ هـ . ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين و الصلاة و السّلام على خير خلقه محمّد وآله الطيّبين الطاهرين، وبعد:

إن الجهد المتواصل و السعي الدؤوب الذي قام به أصحاب الاثمة (عليهم السّلام) و أساطين الفقه الإسلامي من لدن عصر أئمة أهل البيت (عليهم السّلام) لتنظيم الفقه الإسلامي و تنسيقه حقيقة غير خافية على طلبة العلوم الدينية فضلاً عن الفضلاء و العلماء.

و فقهنّا الحاضر الذي يمتاز بثرائه و غنائه هو نتيجة تلك الجهود الجبارة. و لذلك نراه اليوم منفتحاً و مبوّباً و من حيث الاصول و الفروع متناسقاً و مستدلّاً بحيث يمكننا أن ندعي بجرأة أنه ليس لدى أيّ من الفرق الإسلامية فقه متطور متكامل كفقهنّا هذا، و يتجلّى هذا الإدعاء اذا ما قيست الكتب الفقهية أمثال «جواهر الكلام» و «الحدائق الناضرة» و «كشف اللثام» و «التذكرة» و «المبسوط» بالأسفار الفقهية المعاصرة لها من علماء الفرق الإسلامية الأخرى.

و من المتون الفقهية الأصيلّة التي تتمتع بالدقّة و الثراء و قوّة الاستدلال متن «كتاب الشرائع» الذي يعتبر من أهم مؤلّفات العالم النحرير فقيه أئمة أهل البيت (عليهم السّلام) المغفور له المحقّق الحلّي - رضوان الله تعالى عليه - .

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

و ممّا يمتاز به كتاب الشرائع هو أنّك لا تجد جملة أو كلمة فيه إلّا و تراها ترمز الى

مفهوم علمي رصين، بحيث تعتبر مرآة لحقائق خفية ودقائق أنيقة. هذا وفي كثير من المسائل الهامة لدى تعارض الأدلة فيها تجد هذا المؤلف البارع يشير بجملة «وفيه تردّد» إشارة إجمالية الى جميع تلك الأدلة المتعارضة، وإذا ما أراد ترجيح إحدى طرفي 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 الى دقة وعمق هذه المسائل لكي لا يتجاوزوا عنها بدون تتبع وتعمق فيها، ولذلك أخذ جمع من العلماء الأعلام يفكر بتفصيل وتوضيح ماتكتفها من غموض وإيهام وآلف كتباً 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 عليّ الفرطوسي الحوزي -تغمده الله برضوانه- حيث بذل جهداً جهيداً وأتعب نفسه الشريفة في شرح آراء ونظريات المرحوم المحقق من خلال إلقاء الأضواء على تردداته.

وإنني لما وفقت بمقدار ما يسعني من الوقت بمطالعة لم يبق لي مجال إلا أن أعترف بهذه الحقيقة وأقول: إن الاسم الذي اختير له وهو: «التوضيح النافع في شرح ترددات صاحب الشرائع» إسم جاء مطابقاً لمسمّاه وكلام معبر عن الواقع وهو القول الفصل.

والمؤلف -قدس سرّه- من علماء مدينة «خرمشهر» الواقعة في منطقة «خوزستان» حيث شدّ الرحال عنها بعدما دمرها الصداميون المتجاوزون في حربهم ضدّ الثورة الإسلامية في إيران الإسلام، متوجّهاً إلى مدينة الأهواز، وقد وافاه الأجل في حادثة في مسيره لزيارة ثامن الحجج الإمام الرضا (عليه السلام) بخراسان فلبى نداء ربه الكريم تغمده الله برحمته ورضوانه وأسكنه بحبوحه جنانه وجعله وإيانا ممن يأخذ بحجزتهم ويمكن في ظلهم ويهتدي بهداهم في الدنيا والآخرة -آمين-.

ناصر مكارم الشيرازي

الحوزة العلمية في مدينة قم المقدسة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسّلام على أفضل أنبيائه وخاصّة أوليائه *محمّد
وعلى آله الطيّبين الطاهرين.

وبعد - فإنّ أهميّة الكتاب الشريف «شرائع الاسلام» للمحقّق الحلّي - قدّس الله
نفسه الزكيّة- لا تحقّق على طلاب العلم وأهل الفضل، حيث إنّ هذا السفر الجليل من
جهة اشتماله الأحكام الفرعية من الطهارة الى الديات باسلوبه الأنيق، وعظمة مؤلّفه
ومقامه العلميّ السامي الذي يعتبر من أساطين الفقهاء من جهة أخرى، صار محطّاً
لأنظار العلماء من الأعوام المتماضية، حيث شرّحه أعظم مجتهدي الإمامية كالشهيد
الثاني وصاحب الجواهر-رضوان الله عليهما-.

كما ذكره المحقّق الكبير العلامة آغا بزرك الطهراني في الذريعة جاء فيه «وكتابه
هذا هو من أحسن المتون الفقهيّة ترتيباً وأجمعها للفروع، وقد ولع به الأصحاب من لدن
عصر مؤلّفه الى الآن، ولا يزال من الكتب الدراسية في عواصم العلم الشيعية، وقد
اعتمد عليه الفقهاء خلال هذه القرون العديدة فجعلوا أبحاثهم وتدرّساتهم فيه
وشروحهم وحواشيم عليه».

ومن أجل استفادة طلاب العلم قام سماحة الفضيلة المرحوم الحاج الشيخ حسين
الفرطوسي بشرح ما تردّد فيه المحقّق -رحمه الله- في كتابه، معتمداً على كتابي جواهر
الكلام والمسالك وسماه بـ«التوضيح النافع في شرح تردّدات صاحب الشرائع»، وجدير
بالذكر أن المؤلّف -رحمه الله- اهتّم في حياته اهتماماً كبيراً بطبع هذا الشرح ونشره. وقد

وافاه الأجل المحتوم - والمؤسسة مشغولة بإعداد طبعه - وهو في طريق خراسان قاصداً زيارة
ثامن الحجج الإمام عليّ بن موسى الرضا عليه أفضل الصلاة والسلام .
وفي الوقت الذي تقوم المؤسسة بطبع ونشر هذا الكتاب تسأل الله العليّ القدير أن
يجعله ذخراً له ولها يوم الحشر، وأن يتغمّد مؤلفه برحمته الواسعة ويحشره مع محمّد وآله
المنتجبين إنه سميع مجيب .

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة

بيان وتقديم

بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقني

الحمد لله على نعمائه وإفضاله و الصلاة و السلام على أشرف أنبيائه و
قدوة أصفيائه محمد وآله البررة الميامين عليهم أفضل الصلاة والسلام.
و بعد فيقول العبد المحتاج إلى عفوربه الغنيّ حسين بن عليّ الفرطوسيّ
الحويزي:

إعلم أخي القارئ الكريم من أهل العلم و رواد الفضل، إنّ أشرف العلوم
قدراً وأرفعها شأناً بعد العلم بالمعارف الإلهية و الأصول الاعتقادية علم الفقه، إذ
به يُعرف الحلال من الحرام و به نيل السعادة و المرام في البدء و الختام عند
انقضاء الليالي و الأيام.

و لما كانت له الأهمية جاءت الأوامر بالتفقه في الدين من سادات المؤمنين،
لهذا توجهت إليه أفكار الأعظم من رجال المسلمين قديماً و حديثاً، لا سيما من
شيعة أهل البيت فقد أتعبوا نفوسهم الزكية و كرسوا حياتهم الغالية و سهروا
الليالي بالدرس و التدريس و البحث و التنقيب و التأليف و التصنيف، و تحمّلوا
أنواع المشاق في إنجاح مقاصدهم الراقية حفظاً للتراث الاسلامي و الثراء العلمي
صوناً له عن الضياع، شكر الله مساعيمهم الجبارة، و من أعظم فرسان ذلك الميدان و
فطاحل العلماء الراشدين إمام الفقه و الإستنباط في عصره المرحوم أبو القاسم
نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى بن سعيد الحلّي المحقق المتوفى في ١٣ ربيع
الثاني من سنة ٦٧٦ هجرية عن عمر يقارب ٧٤ سنة صاحب الشرائع و صاحب
المؤلفات الكثيرة القيمة منها: النافع و المعبر و المسائل المضرة و المسائل العربية و المعارج

في اصول الفقه وغيرها.

ويعظم كتاب شرائع الاسلام خاض فحول العلماء في بحر علومه الفقهية بين شارح للشرائع ومحشي ومعلق عليه ولنا الفخر أن نفهم ما حواه هذا السفر الجليل من مطالب راقية وعبارات سهلة التناول عظيمة المضامين بعيدة القعر. والذي ألفت نظري القاصر ما تكرّر 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 تردّد)، فأحببت الاطلاع على وجهي أو وجوه المطلب الذي تردّد فيه المحقق رحمه الله، وإن كان هذا مذكوراً في بعض حواشي الكتاب وبعضه في الكتب المطولة في الفقه. وبعد المراجعة والفحص بادرت في المساهمة قدر الإمكان لأن أشرح وجهي أو وجوه ما يحتمله التردّد بعد الإستشارة لبعض أهل هذا الفن من الأساتذة الكبار رحمه الله تعالى إذ شوقني لهذه الخدمة العظيمة تسهيلاً لطلاب العلوم الدينية، لئلا يتعبوا نفوسهم الشريفة بالتتبع والفحص المستغرق لأوقاتهم الثمينة وخدمة للعلم وأهله ومن الله العون والتسيد.

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

كتاب الطهارة

في المياه

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

قال المحقق رحمه الله في كتابه شرائع الإسلام الطبعة الجديدة في أربع مجلدات الطبعة الاولى مطبعة الآداب في النجف الأشرف ١٣٨٩ هجرية:

ج ١ ص ١٣ في ماء البئر «و هل ينجس بالملاقاة فيه ترّد، الأظهر التنجيس». منشأ التردّد من التعارض بين أدلة الطهارة و أدلة النجاسة في خصوص ماء البئر.

حجة القائل بالطهارة هو الأصل، أعني الاستصحاب للطهارة بعد الشك في الإنفعال و عدمه عند ملاقة النجاسة، والعمومات الدالة على عدم انفعال الماء بالملاقاة إما مطلقاً أو مع الكرية، و الأخبار الواردة مثل:

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

و صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام: «قال: سألته عن بئر ماء وقع فيه زنبيل من عذرة رطبة أو يابسة أو زنبيل من سرقين يصلح الوضوء

منها؟ قال: لا بأس»^١.

وصحيحة معاوية بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول: لا يغسل الثوب ولا تعاد الصلاة ممّا وقع في البئر إلا أن ينتن، فإن أنتن غسل الثوب وأعاد الصلاة ونزحت البئر»^٢.

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

وموثقة أبي اسامة و أبي يوسف يعقوب بن عُثيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا وقع في البئر الطير والدجاجة والفأرة فانزح منها سبع دلاء. قلنا: فما تقول في صلاتنا ووضوئنا وما أصاب ثيابنا؟ فقال: لا بأس به»^٤. إلى غير هذا من الروايات، واليه ذهب العلامة وأكثر المتأخرين كما في الذخيرة وفي الجواهر وهو الأقوى للأصل.

حجة القائل بالنجاسة هو الاجماع المنقول في كلام جماعة من الفحول، بل في السرائر وعن غيرها نفي الخلاف فيه مع التصريح بأنه لا فرق بين قلة الماء وكثرته وفيه روايات منها:

صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع: «قال: كتبت إلى رجل أسأله أن يسأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن البئر تكون في المنزل للوضوء فيقطر فيها قطرات من بول أو دم، أو يسقط فيها شيء من عذرة كالبعرة ونحوها، ما الذي

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

٢- المصدر الباب حديث ١٠.

٣- المصدر الباب ١ حديث ٩.

٤- المصدر الباب حديث ١٢.

يُطهرها حتى يحلّ الوضوء منها للصلاة؟ فوقع عليه السّلام بخطه في كتابي: ينزح منها دلاء»^١، وهو في قوة قوله يطهرها 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 السّلام: «قال: سألته عن البئر تقع فيها الحمامة والدجاجة أو الكلب أو الهرة؟ فقال عليه السّلام: يجزيك أن تنزح منها دلاء فإنّ ذلك يطهرها إن شاء الله تعالى»^٢، وطريق الاستدلال بها نظير ما تقدّم في الصحيحة المتقدمة.

و عن أبي عبد الله الصادق عليه السّلام: «إذا أتيت البئر وأنت جنب فلم تجد دلواً ولا شيئاً تعرف به فتيّم بالصعيد فإنّ ربّ الماء ربّ الصعيد ولا تقع في البئر ولا تفسد على القوم ماءهم»^٣ وطريق الاستدلال بها للنهي عن إفساد ماء القوم بناءً على إرادة النجاسة من الإفساد كما ذكرناه آنفاً في أخبار الطهارة.

ولترجيح المصنّف رحمه الله أدلّة النجاسة على أدلّة الطهارة اختار التنجيس فقال: «الأظهر التنجيس»، وهو عند أكثر القدماء من علمائنا كما تقدّم، ومنذ مائتي عام تقريباً المشهور في المسألة الطهارة وفيها أكثر من عشرين رواية تدلّ بمنطوقها على الطهارة. وروايات التنجيس لعلّ الأكثر منها تدلّ بمفهومها وإن كان كل من الدالتين حجّة إلا أنّ الأولى أجمع بينها، أن نقول النزح للبئر استحبابي جمعاً بين الروايات والله أعلم بأحكامه.

ج ١ ص ١٤ قوله رحمه الله: «وفي تضاعفه مع التماثل تردّد أحوطه التضعيف».

منشأ التردّد هو اختلاف الأصحاب بالتضعيف، وعدمه ينشأ من القول بالتداخل وعدمه والمقصود بالتماثل 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 التيمّم حديث ٢.

البئر مرتين.

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

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

و كيف كان فيجب القطع بالتداخل فيما إذا كانت النجاسة المتعدّدة ممّا يصدق اسمها على القليل والكثير كالخمر والبول ونحوهما، وحيث اختار المصنّف رحمه الله القول الأوّل قال: «الأحوط التضعيف»، والمسألة في بابها مفصلة فراجع والله أعلم.

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

ينشأ التردّد من اختلاف الأصحاب لاختلاف الأدلّة بعد اتّفاقهم على طهارته.

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

ثانية بعد إفادته لها في المرة الأولى وصدق الإمتثال باستعماله، ولأنّ واجده واجد للماء المطلق فلا يسوغ له التيمّم أخذاً بظاهر قوله تعالى: «فإن لم تجدوا ماءً فتيّموا».

أقول: لا يبعد القول بالرافعية بعد الخدشة بسند دليل المانع والله أعلم. وذهب المرتضى^١ وابن إدريس وأكثر المتأخرين الى ابقائه على الطهورية، وهو الأظهر كما في المدارك، ويشهد له مارواه الفضيل بن يسار في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: في الرجل الجنب يغتسل فيتنضح من الماء في الاناء؟ فقال عليه السلام: لا بأس ما جعل عليكم في الدين من حرج»^١.

حجة القائل بالمنع بأن الماء المستعمل مشكوك فيه أي في حصول الطهارة به فلا يحصل معه يقين البراءة، وبقول الصادق عليه السلام في رواية بن سنان «الماء الذي يغسل به الثوب أو يغتسل به الرجل من الجنابة لا يجوز أن يتوضأ منه»^٢، وغيره. وقال به الشيخان وابنا بابويه أنّه غير رافع للحدث، واحتاط به المصنف رحمه الله لتعارض الحجّتين وهو سبيل النجاة، والله أعلم.

في الأسأار

ج ١ ص ١٦ قوله رحمه الله: «وفي سؤر المسوخ تردّد والطهارة أظهر»، ينشأ التردّد في سؤر المسوخ من الخلاف في طهارة المسوخ ونجاسته.

حجة القائل بطهارته هو الأصل، وإنّ كلّ ما ثبت طهارته شرعاً فسؤره طاهر. وهو المشهور بين المتأخرين بل عن الغنية والخلاف الاجماع عليه، وقد يظهر من منقول عبارة الناصريات بل في السرائر في باب الأظعمة والأشربة، مضافاً الى العمومات الواردة في طهارة المسوخ المذكورة في محلّها من الكتب المطوّلة الفقهية.

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

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

والسؤر لغمّة ماء يبقى بعد الشراب، وشرعاً ماء قليل باشره جسم حيوان. حجة القائل بعدم طهارته هو قول بعض الأصحاب بذلك كابن إدريس في السرائر حيث حكم بنجاسة سؤر ما أمكن التحرز عنه من غير ما كول اللحم من حيوان الحضر غير الطيور، قال: «ولا بأس بأسثار الغار والحيات وجميع حشرات الأرض»، وقد يظهر هذا المعنى من عبارة الشيخ في التهذيب بالمنع من سؤر ما لا يوكل لحمه من حيوان الحضر غير الآدمي والطيور، إلا ما لا يمكن التحرز عنه كالهترة والغارة، ويمكن أن يكون هذا القول استناداً للموثق عن الصادق عليه السلام بعد أن سئل عما تشرب منه الحمامة «فقال: كل ما أكل لحمه فتوضأ من سؤره و اشرب»،^١ ففيها دلالة على المدعى بالمفهوم، وإن كان في سندها بعض الفطحية. واختار المصنف رحمه الله القول الأول، وهو الظاهر من الأدلة قال: «والطهارة أظهر»، واستوجه الكراهة في المعتبر دفعاً لشبهة الاختلاف، واستحسنه في المدارك، وما استحسنه في المدارك حسن فراجع و تأمل.

في الوضوء (الجبيرة)

ج ١ ص ٢٣ قوله رحمه الله «وإلا أجزء المسح عليها سواء كان ما تحتها طاهراً أو نجساً وإذا زال العذر استأنف الطهارة على تردد فيه»، منشأ التردد من الاعادة للطهارة وعدمها. حجة القائل بالاعادة هو كون الطهارة مع الجبيرة طهارة اضطرارية فيكون أثرها وهو جواز الدخول في العمل المشروط بها كانتفاء التيمم عند التمكن من استعمال الماء. واختار الإعادة المصنف رحمه الله في المعتبر وكذلك كاشف اللثام، ومال اليه الفاضل، وعن المبسوط والايضاح وغيرهما اقتصاراً

على المتيقن.

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 محققي الفقهاء كصاحب الدروس والمحقق الأول والثاني وكثير من المتأخرين، ولم يتعرض لهذه المسألة في الروايات مع عموم الإبتلاء بها.

حكم الحائض

ج ١ ص ٢٩ قوله رحمه الله «وفي المبتدئة تردّد الأظهر أنها تختاط للعبادة حتى يمضي ثلاثة أيام».

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

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

ويشهد له أيضاً صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أي ساعة رأت الدم فهي تفتقر الصائمة»^٢.

ومؤثقة عبدالله بن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: المرأة إذا رأت الدم في أول حيضها فاستمرّ الدم تركت الصلاة عشرة أيام ثم تصلي عشرين يوماً»^٣.

١ - الوسائل الباب ٣ من ابواب الحيض ح ٢ .

٢ - الوسائل الباب ٥٠ من ابواب الحيض حديث ٣

٣ - المصدر الباب ٨ من ابواب الحيض حديث ٥ .

إلى غير هذا من الروايات.

حجة القائل بالثاني أي بعد مضيّ ثلاثة أيّام هو ظاهر السرائر والمعتبر والتذكرة وجامع المقاصد، وهو المنقول عن ابن الجنيد وعلم الهدى وسأار، ولأن مقتضى الدليل لزوم العبادة حتى يتيقن المسقط، ولا يتيقن قبل استمراره ثلاثة أيّام، ومع عدم الإستمرار الأصل العدم ما لم يتحقق.

وقد يستدلّ عليه بظاهر صحيح عبدالرحمن «قال: سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الحبلى ترى الدم وهي حامل كما كانت ترى قبل ذلك في كل شهر هل تترك الصلاة؟ قال عليه السّلام: تترك إذا دام»^١.

وبصحيحة صفوان عنه عليه السّلام «عن الحبلى ترى الدم ثلاثة أيّام أو أربعة تصلي؟ قال: تمسك عن الصلاة»^٢. وغير هذا من الصحاح الدالة على المراد، وهو مختار المصنّف رحمه الله، ولهذا قال: «الأظهر أنّها تحتاط للعبادة حتى تمضي لها ثلاثة أيّام»، أقول هذا أقرب لبراءة ذمة المكلف وهو سبيل النجاة.

حكم الأموات

ج ١ ص ٣٨ قوله رحمه الله: «وفي وضوء الميت تردّد الأشبه أنه لا يجب»، ينشأ التردّد من تعارض الأخبار الواردة في هذا الباب.

حجة القائل بالوجوب هو خبر عبدالله بن عبيد عن الصادق عليه السّلام وقد سأله عن غسل الميت فقال عليه السّلام: «تطرح عليه خرقة ثم يغسل فرجه ويؤصّأ وضوء الصلاة»^٣ الحديث.

وصحيحة حريز «قال: أخبرني أبو عبدالله عليه السّلام قال: الميت يبده

١ - الوسائل الباب ٣٠ من ابواب الحيض حديث ٢.

٢ - الوسائل الباب ٣٠ من ابواب الحيض حديث ٤.

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

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

حجة القائل بعدم الوجوب مضافاً الى الاصل، الشغل عن أهل البيت عليهم السلام في كيفية الغسل وانتقالهم من تليين أصابعه وغسل يديه الى غسل رأسه وجسده ومن غسله الى تكفينه من غير ذكر الوضوء، بل صحيحة يعقوب بن يقطين كالصريحة في ذلك فإنه قال: «سألت العبد الصالح عليه السلام عن غسل الميت أفيه وضوء الصلاة أم لا؟ فقال عليه السلام: غسل الميت تبدأ بمرافقه فتغسل بالحرض، 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 والمهذب وكاشف اللثام وفي المبسوط إن عمل الطائفة على ترك ذلك وهو اختيار المصنف بقوله رحمه الله: «و الأشبه أنه لا يجب».

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

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

حجة القائل بالوجوب مع عدم الخليطين هو أنه مأمور بالغسلات الثلاث على هيئته، وهي كون الأولى بماء السدر والثانية بماء الكافور والثالثة بماء القراح، فيكون مطلق الغسلات واجباً ضرورة استلزام وجوب المركب وجوب اجزائه

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 شيئان متمايزان وإن امتزجا في الخارج. واختاره بعض الأصحاب كالفاضل 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 الخليط وحينئذٍ فلا يلزم من تعذره تعذره.

حجة القائل بعدم الوجوب هو تعذر المأمور به أعني تغسيله بماء السدر وماء الكافور المعتضي لسقوط التكليف به. ولا ريب أن المكلف به هنا ماء سدر و بعد انتفاء السدر لا ينتقل منه الى مطلق الماء، وفي النافع والمعتبر الاكتفاء بالمرّة كما عن التلخيص وظاهر الذكرى، واختاره المقدس وكثير ممن تأخر للأصل، ولعدم الفائدة في تكرار الماء مع حصول النقاء، ولفوات الحكمة في الغسلتين الأوليين بمجرد تعذر الخليطين، ولتعذر الكل يتعذر الجزء والمضاف بالمضاف اليه.

في التيمّم

ج ١ ص ٤٨ قوله رحمه الله: «ولا يصح التيمّم قبل دخول الوقت ويصح مع تضيّقه، وهل يصح مع سعته فيه تردّد»، ينشأ التردّد من اختلاف الآراء من ناحية تضارب الأدلة بالجواز تارة وبالمنع أخرى.

حجة القائل بجواز التيمّم مع سعة الوقت بعد الإتفاق على عدم جوازه قبل دخول الوقت للفريضة، وكذلك أطبقوا على وجوب التيمّم عند ضيق الوقت، أمّا جوازه في أول الوقت مع السعة فقد ذهب إليه الصدوق رحمه الله وقوّاه في المنتهى واستقرّ به في البيان، وقال ابن الجنيد: إن وقع اليقين بفوت الماء آخر الوقت أو غلبة الظن فالتيمّم في أول الوقت أحبّ إليّ، واستجوده المصتف رحمه الله في

١ - الوسائل الباب ٢ من ابواب غسل الميت حديث ١ و ٦ .

المعتبر واختاره العلامة في أكثر كتبه، والدليل على ذلك قوله تعالى «إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا»، إلى قوله «فإن لم تجدوا ماءً فتيمموا»،^١ أو جب التيمم على المكلف عند إرادة القيام إلى الصلاة إذا لم يجد فلا يتقيد بغيره عملاً بالأصل. وقول النبي صلى الله عليه وآله لأبي ذر «يكفيك الصعيد عشر سنين»^٢.

وقول الصادق عليه السلام: «هو بمنزلة الماء وأن الله تعالى جعل التراب طهوراً كما جعل الماء طهوراً»^٣. وتدلل عليه الأخبار الكثيرة الدالة على أن التيمم إذا صلى ثم وجد الماء لا تجب عليه الإعادة لصحيفة زرارة؛ عن أبي جعفر عليه السلام فراجع وتأمل.

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

وصحيفة محمد بن مسلم بهذا المضمون أيضاً، وهما قاصران السند عن إثبات الوجوب فيمكن حملهما على الإستحباب كما في المدارك في صحيفة محمد بن حمران، ويشهد لعدم الوجوب قول الصادق عليه السلام: «واعلم أنه ليس ينبغي لأحد أن يتيتم إلا في آخر الوقت»، فإن لفظ لا ينبغي وليس ينبغي ظاهر في الكراهة.

١ - سورة المائدة آية ٦ .

٢ - الوسائل الباب ١٤ من ابواب التيمم الحديث ١٢ .

٣ - المصدر الباب ١٧ من ابواب صلاة الجماعة حديث ١.

٤ - الوسائل الباب ١٤ حديث ٩ من ابواب التيمم .

٥ - المصدر الباب ١٤ من ابواب 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 ٥٠ 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 ترجيح لبعضها على بعض.

حجة القائل بتخصيص الجنب به هو ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن عبدالرحمن بن أبي نجران أنه سأل أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام عن ثلاثة نفر كانوا في سفر أحدهم جنب والثاني ميت والثالث على غير وضوء وحضرت الصلاة ومعهم من الماء قدر ما يكفي أحدهم، من يأخذ الماء وكيف يصنعون؟ فقال عليه السلام: يغتسل الجنب ويدفن الميت بتيمة ويتيمم الذي هو على غير وضوء لأن غسل الجنابة فريضة وغسل الميت سنة والتيمم للآخر جازم^١.

و خبر الحسين بن النظر المروي عن التهذيب والعلل والعيون «قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن القوم يكونون في السفر فيموت منهم ميت ومعهم جنب ومعهم ماء قليل قدر ما يكفي أحدهما أيهما يبدأ به؟ قال: يغتسل الجنب ويدفن الميت لأن هذا فريضة وهذا سنة»^٢ الحديث، وهذا المضمون خبر الثعلبي وغيره ومال إلى هذا القول الشيخ في النهاية.

حجة القائل بتقديم الميت هو أن الجنب يستدرك طهارته والميت لا استدراك لطهارته، وبما رواه محمد بن علي عن بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قلت: الميت والجنب يتفقان فلا يكون الماء إلا بقدر كفاية أحدهما أيهما أولى؟ قال

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

عليه السلام: يتيمم الجنب ويغسل الميِّت بالماء»^١.
 أقول: ما اختاره المصنّف راجح والتخيير بين الجنب والميِّت حسن،
 والله أعلم.

في النجاسات وأحكامها

ج ١ ص ٥١ قوله رحمه الله: «وفي رجيع ما لا نفس له سائلة وبوله تردّد»، منشأ
 التردّد فيها غير واضح، لأنّ الأوّل طاهر بلاخلاف للأصل مع عدم المعارض له،
 ويمكن أن يقال أنّ التردّد في الثاني فقط.

حجّة القائل بطهارته صريح الفاضلين وغيرهما بعدم الخلاف فيه وأنّه
 طاهر، بل اقتصر في المنتهى وغيره على نقله عن كثير من العامة كالشافعيّ وأبي
 حنيفة وغيرهما.

وقد يستدلّ عليها بأنّ ميّته ودمه ولعابه طاهر فصارت فضلاته كعصارة
 النبات بالفحوى، وبإطلاق مادّة^٢ على نفي البأس عن موته أو وقوعه في الماء
 ونحوه، وعموم قوله عليه السلام (كلّ شيء طاهر حتى تعلم أنّه قدر)^٣، وبالسيرة
 القطعية.

حجّة القائل بنجاسته هو مقتضى قاعدة الإشتغال لزوم التحفظ عنه حال
 الصلاة ونحوها، حيث لا عسر ولا حرج ولا سيّما مع كونه ذا لحم معتدّبه، بل ربما
 قيل باندرج ذي اللحم منه في النصوص السابقة، ولذا مال بعضهم الى النجاسة
 فيه خاصّة 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 ابواب التيمم حديث ٥.

٢- الوسائل الباب ٣٥ من ابواب النجاسات حديث ٢.

٣- المستدرک الباب ٣٠ من ابواب النجاسات الحديث ٤.

والحاصل يظهر للمتتبع الطهارة فيها لما ذكرناه في حجتي التردد فتأمل جيداً، والله أعلم.

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

حجة القائل بطهارته هو الأصل، ورواية وهب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام «لا بأس بخرد الدجاج والحمام يصيب الثوب»^١.
ويؤيده صحيح أبي بصير^٢ وغيره عن الصادق عليه السلام «قال: كل شيء يطير فلا بأس ببوله وخرئه»، بناءً على شمول الطير له.

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

حجة القائل بنجاسته هو قاعدة الإشتغال، وخبر فارس «قال: كتب إليه رجل يسأله عن ذرق الدجاج يجوز فيه الصلاة فكتب: لا»، الظاهر يعني به الامام الصادق عليه السلام وهي أي رواية فارس ضعيفة السند كما في كتب الرجال، وما عن الصدوق والمقنعة والنهاية من الحكم بنجاسته كما في صلاة الخراف، بل قد يتوهم منه الإجماع عليها فتدبر وراجع المطولات من الكتب.

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

١ - الوسائل باب ١٠ من ابواب النجاسات حديث ٢.

٢ - المصدر الباب حديث ١.

حجة القائل بطهارته هو الأصل و العمومات، ولما صرح به في المعبر والمنتهى و التذكرة والذكرى و ظاهر كل من قيد نجاسته بذئ النفس، بل في الرياض أنه المشهور، بل كاد يكون اجماعاً، ولطهارة ميتة ودمه وجميع فضلاته، واختار الطهارة الفاضلان وكثير ممن تأخر، بل في مجمع البرهان كان تقييد النصوص بذئ النفس للإجماع بل لا نعرف فيه خلافاً، وهو مختار المصنف رحمه الله وهو الأشبه بالقواعد الصحيحة.

حجة القائل بنجاسته هو الإطلاق في بعض النصوص مع اطلاق المني في كثير من العبارات و معاهد الإجماعات، لا سيما مع تعميم بعضها لكل حيوان، وفي الخلاف أنه كله نجس ولو من غير الإنسان، وتردد فيه في المعبر والمنتهى، ويظهر من كشف اللثام الميل الى نجاسته للعمومات المتقدمة وأنها ظاهر الأكثر، 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 والأرنب والفأرة والوزغة تردّد والأظهر الطهارة»، ينشأ التردد من اختلاف العلماء لاختلاف النصوص.

حجة القائل بطهارتها هو الأصل و العمومات، ورواية الشيخ في الصحيح عن الفضل بن أبي العباس «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن فضل الهرة والشاة والبقرة والابل والحمار والخيل والبغال والوحش والسباع فلم أترك شيئاً إلا سألته عنه، فقال عليه السلام: لا بأس، حتى انتهيت الى الكلب فقال رجس نجس»^١ الحديث.

و في الصحيح عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام «قال: سألت عن العظاية والحية والوزغ يقع في الماء فلا يموت فيه أيتوضأ منه للصلاة؟ فقال

١ - الوسائل الباب ١١ من ابواب النجاسات ح ١ .

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

أقول: الظاهر من الأدلة والراجح الطهارة والله أعلم.

حجة القائل بنجاستها صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى^١ عليهما السلام «قال: سألته عن الفأرة الرطبة قد وقعت في الماء تمشي على الثياب أوصولي فيها؟ قال عليه السلام: اغسل ما رأيت من أثرها وما لم تره فانضحه بالماء». وفي الثعلب والأرنب مرسله يونس بن عبدالرحمن عن بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته هل يجوز أن يمس الثعلب والأرنب أو شيئاً من السباع حياً أو ميتاً؟ قال: لا يضره ولكن يغسل يده»، ومال إلى نجاستها بعض الأصحاب كالشيخ في النهاية والمفيد في المنفعة، ونقل عن أبي الصلاح أنه أفتى بنجاسة الثعلب والأرنب، وبعد المراجعة يتضح لك ما قدمناه والله العالم.

ج ١ ص ٥٦ قوله رحمه الله: «وفي جواز اتخاذها لغير الاستعمال تردّد والأظهر المنع»، منشأ التردّد من الأصل مع عدم ظهور الأدلة فيه، ومن تعليل النبوي^٢ بأنّها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة.

حجة القائل بالجواز هو الأصل مع عدم ظهور الأدلة في مطلق الاتخاذ، بل هي ظاهرة في الإستعمال. ومن تعليل النبوي^٢ بأنّها لهم في الدنيا ولكم في

١- الوسائل الباب ٩ من ابواب الأسئارالحديث ١.

٢- كنز العمال ج ٨ ص ١٦ الرقم ٣٦٢.

الآخرة. وقول الامام الكاظم عليه السلام أنها متاع الذين لا يوقنون،^١ و مال إليه الفاضل في المختلف واستحسنه بعض المتأخرين.

حجة القائل بعدم الجواز مطلقاً هو النهي عن آنية الذهب والفضة وكراهتها المحمولة على أقرب المجازات بعد تعذر الحقيقة ولا ريب أن مطلق الانجاز أقرب من الإستعمال لأنه أعمّ منه، ولأنّ النهي في الحقيقة نفي، ونفي الحقيقة وكراهة طبيعتها يناسب النهي عن أصل وجودها في الخارج، مع أنّ المتتبع للأخبار يظهر له هذا المعنى أي أصل وجودها، بل في المنتهى أن تحريم استعمالها مطلقاً يستلزم تحريم أخذها على هيئة الإستعمال، وهذا القول هو المشهور بين الأصحاب، بل قيل بعدم الخلاف، وهو مختار المصنّف رحمه الله ولأنّه تضييع للمال كما علّل والله أعلم.

كتاب الصلاة

في لباس المصلي

ج ١ ص ٦٩ قوله رحمه الله: «وفما لا تم الصلاة فيه منفرداً كالتكّة والقلنسوة تردّد والأظهر الكراهية»، منشأ التردّد تعارض أخبار الباب.

حجّة القائل بالجواز هو الأصل، ورواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال «كلّمّا لا تجوز الصلاة فيه وحده فلا بأس بالصلاة فيه مثل التكّة الابريسم والقلنسوة والخفّ والزنار يكون في السراويل ويصلى فيه»^١. واختار الجواز كثير من أجلّاء العلماء كالشيخ وثاني الشهيدين والحليّ وكاشف الرّموز، بل هو الأشهر بين المتأخّرين واختار المصنّف رحمه الله الجواز على كراهية.

حجّة القائل بعدم الجواز هو صحيح محمد بن عبد الجبار «قال: كتبت إلى أبي محمّد عليه السلام أسأله هل يصلى في قلنسوة حرير محض أو قلنسوة ديباج؟ فكتب: لا تحلّ الصلاة في حرير محض»^٢. وروى محمّد أيضاً في الصحيح أنّه كتب إليه عليه السلام يسأله عن الصلاة في التكّة المعمولة من الحرير وأجابه بذلك^٣. وذهب الى هذا القول الصدوق بل بالغ فنع من التكّة التي رأسها الابريسم، وما إليه الجامع وفخر المحققين والمنتهى والمختلف والمؤجّز ومجمع البرهان وغيرهم من العلماء لا يسع ذكرهم في هذا المختصر.

١ - الوسائل الباب ١٤ من ابواب 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 وخمار ساترة جميع جسدها عدا الوجه والكفين وظاهر القدمين على تردد في القدمين»، منشأ التردد في وجوب ستر القدمين في حال الصلاة للمرأة وعدمه.

حجة القائل بالوجوب هو صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام «عن المرأة ليس لها إلا ملحفة واحدة كيف تصلي؟ قال عليه السلام: تلتفت فيها و تغطي رأسها وتصلي فإن أخرجت رجلها وليس تقدر على غير ذلك فلا بأس»، ونحوه كتابه عن أخيه عليه السلام أيضاً.

و خبر المعلّى 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 تكفها عرضاً جعلتها طويلاً»^٢. وغير هذا من الأخبار، ومال إليه بعض أجلاء 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.

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

في ذكر الركوع والسجود

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

حجة القائل بكفاية مطلق الذكر هو جملة من النصوص، كصحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام «قلت له: يجزئ أن أقول مكان التسبيح في الركوع والسجود لا إله إلا الله والحمد لله والله أكبر؟ قال عليه السلام: نعم»^١، ونحوه صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام و«قال: سألته يجزئ عني أن أقول مكان التسبيح في الركوع والسجود لا إله إلا الله والله أكبر؟ قال عليه السلام: نعم»^٢ إلى غير هذا من الأخبار.

حجة القائل بوجوب الذكر المخصوص هو ظاهر جملة من النصوص، كصحيح زرارة «سأل أبا جعفر عليه السلام عما يجزئ من القول في الركوع والسجود فقال عليه السلام: ثلاث تسبيحات في ترسل و واحدة تامة تجزئ»^٣. وما في موثق سماعة «أما ما يجزئك من الركوع فثلاث تسبيحات، تقول سبحان الله ثلاثاً»^٤. وخبر الحضرمي قال «قلت لأبي جعفر عليه السلام: أي شيء حسد الركوع والسجود؟ قال: تقول سبحان ربي العظيم وبحمده ثلاثاً في الركوع، وسبحان ربي الأعلى وبحمده ثلاثاً في السجود، فمن نقص واحدة نقص ثلاث صلواته ومن نقص اثنتين نقص ثلاثي صلواته و من لم يسبح فلا صلاة له»^٥، ونحو هذه الأخبار غيرها.

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

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

- ١ - الوسائل الباب ٧ من ابواب 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 ابواب الركوع حديث ٣
- ٥ - المصدر باب ٤ الركوع حديث ٥

ج ١ ص ٨٥ قوله رحمه الله: «وهل يجب التكبير للركوع فيه تردّد والأظهر النذب»،
ينشأ التردّد 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 تركع فقل وأنت منتصب الله اكبر ثم اركع»^١ الحديث.
وقد يستفاد من صحيحه الآخر «فارفع يديك وكبر ثم اركع»^٢، وغيرهما 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: سألته-يعني الصادق عليه السلام-عن أدنى
ما يجزي في الصلاة من التكبير؟ قال: تكبيرة واحدة»^٣، وخبر زرارة «سئل أبا
جعفر عليه السلام عن الفرض في الصلاة؟ قال: الوقت والطهور والقبلة والتوجه
والركوع والسجود والدعاء، قال: وما سوى ذلك؟ قال عليه السلام: ستة 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 حتّى يعتدل
مطمئناً. وفي وجوب التكبير للأخذ فيه والرفع منه تردّد، والأظهر الإستحباب»، منشأ التردّد في
الوجوب وعدمه هو المنشأ في تكبير الركوع دعوى ودليلاً.

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

١- الوسائل الباب ١ من ابواب الركوع حديث ١ .

٢- المصدر الباب ٢ من استحباب رفع اليدين حديث ١.

٣- المصدر الباب ١ من ابواب تكبيرة الاحرام حديث ٥ .

٤- المصدر الباب ٩ من ابواب الركوع الحديث ٥ .

الأخبار الحاضرة للتكبير الواجب في الصلاة بتكبير الإحرام، وادعى صاحب الغنية الإجماع عليه، وهو مختار المصنف رحمه الله.
حجة القائل بالوجوب هو الأمر بالتكبير 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 رحمه الله: «الثاني لا يبطلها إلا عمداً وهو وضع اليمن على الشمال وفيه تردّد»، منشأ التردّد في المقام من النهي عن هذا الفعل فيبطل، ومن عدم وفاء الدليل فلا بطلان إلا بقصد الجزئية.

حجة القائل بالبطلان هو المشهور، ودعوى الإجماع عليه للنصوص الواردة، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام «قلت: الرجل يضع يده في الصلاة اليمنى على اليسرى؟ فقال عليه السلام: ذلك التكفير لا تفعل»^١، وصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «ولا تكفراً فأنما يصنع ذلك الجوس»^٢، ونحوه صحيح حريز^٣ وغيرها من الأخبار.

حجة القائل بعدم البطلان هو الأصل، وعدم ظهور الأخبار الناهية بالتحريم ربما يظهر منها الكراهة. وعن الاسكافي ترك هذا الفعل مستحب، وذهب إلى الكراهة المصنف رحمه الله في المعتبر تبعاً لأبي الصلاح، وتبعها عليه جماعة لعدم وفاء الأدلة بأكثر 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 لأنه قال: «لا يصلح ذلك فإن فعل فلا يعود

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

عقص الشعر

ج ١ ص ٩١ قوله رحمه الله: «وفي عقص الشعر للرجل تردد والأشبه الكراهية»، منشأ التردد من الأصل واطلاق الأدلة ومن اجماع الشيخ على عدم الجواز. حجة القائل بالجواز هو الأصل واطلاق الأدلة وضعف رواية مصادف الدالة على البطلان. ويشعر بعدم الحرمة خبر الدعائم عن علي عليه السلام أنّه قال «نهاني رسول الله صلى الله عليه وآله عن أربع عن تقليب الحصى في الصلاة، وأن أصلي وأنا عاقص رأسي من خلفي، وأن أحتجم وأنا صائم، وأن أخصّ يوم الجمعة بالصوم»^٢. والمحكي عن المفيد لفظاً لا ينبغي للرجل إن كان له شعر أن يصلي وهو معقوص، وغيره من العلماء. والكراهة أشبه بالقواعد الصحيحة كما اختارها المصنّف رحمه الله، وكذلك صاحب المدارك وتبعهم جمع من الأصحاب فراجع وتأمل.

حجة 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. وحكي عن سلاّر والحلي وابن إدريس وهو المشهور بين المتأخرين.

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

٢ - المستدرک الباب ٢٧ من ابواب لباس المصلّي حديث ١ .

٣ - الوسائل الباب ٣٦ من ابواب لباس المصلّي الحديث ١ .

صلاة الجمعة

ج ١ ص ٩٥ قوله رحمه الله: «وهل الطهارة شرط فيها فيه تردّد والأشبه أنها غير شرط»، منشأ التردّد من التأسّي ومن الأصل.

حجّة القائل بشرطيّة الطهارة في خطبتي الجمعة هو وجوب الموالاة بينهما وبين الصلاة وكونها ذكراً هو شرط في الصلاة وبدليتها من الركعتين فيكونان بحكمهما، ولوجوب الطهارة عدد فعلهما بقدرهما فكذا في بدلها، ومرسل الفقيه عن أمير المؤمنين عليه السلام «لا كلام والامام يخطب ولا التفات إلا كما يحلّ في الصلاة، وإنما جعلت الجمعة ركعتين مكان الركعتين الأخيرتين فهي صلاة حتى ينزل الإمام»^١. وفي صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام «إنما جعلت الجمعة ركعتين لأجل الخطبتين فهي صلاة حتى ينزل الإمام»^٢ وإن النبي صلى الله عليه وآله كان يتطهر قبل الخطبة فيجب إتباعه في ذلك لأدلة التأسّي، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف بشرطيّتها.

حجّة القائل بعدم شرطيّتها هو الأصل بناءً على جريانه في نحو ذلك، وكون الخطبتين ذكراً وذكر الله حسن على كل حال، مع ضعف الأدلة المتقدمة، ولهذا قال المصنّف رحمه الله هنا وفي النافع والمعتبر الأشبه أنها غير شرط وفاقاً للسرائر وكشف الرموز والقواعد والمختلف والتبصرة والذخيرة وغيرها من كتب الفقه، وعدم وجوب التأسّي فيما لم يعلم وجهه والله أعلم.

ج ١ ص ٩٥ قوله رحمه الله: «ويجب أن يرفع صوته بحيث يسمع العدد المعتبر فصاعداً وفيه تردّد»، منشأ التردّد من أنّه المتيقّن في براءة الذمّة ومن الأصل.

حجّة القائل بالوجوب هو المتيقّن في براءة الذمّة من الشغل اليقين بعد

١- الفقيه ج ١ ص ٢٦٩ في وجوب الجمعة وفضلها... ح ١٢.

٢- الوسائل الباب ٦ من ابواب صلاة الجمعة الحديث ٤.

الشك في تناول الاطلاقات لغيره، وخصوص المروي عن النبي صلى الله عليه وآله، إنه كان إذا خطب يرفع صوته كأنه منذر جيش^١، بل يمكن منع صدق الخطبة بدون الإسماع وأنه لا يحصل اليقين ببراءة الذمة بعد الشغل إلاّ به. وقد اختاره وصرّح به الفاضل والشهيدان وغيرهم، ولهذا قال المصنّف رحمه الله أنه يجب أن يرفع صوته وفي المدارك أنه يجب للتأسي.

حجّة القائل بعدم الوجوب هو الأصل عند عدم قيام الدليل الذي يصلح للاستدلال به، وضعف أدلة الوجوب الدالة عليه، لهذا لا تنهض لقطع الأصل أعني أصل البراءة عند الشك ومال إليه بعض الأعلام والله أعلم بالصواب.

ج ١ ص ٩٦ قوله رحمه الله: «وفي العبد تردّد»، منشأ التردّد في كون الجمعة هل تنعقد بالعبد أم لا؟.

حجّة القائل بالانعقاد هو أنّ ما دلّ على اعتبار العدد من الأخبار مطلق غير مقيد، فيتناول العبد وغيره، وقال الشيخ في الخلاف والمصنّف في المعبر أنها تنعقد بالعبد والمسافر إذا حضر.

حجّة القائل بعدم الانعقاد هو ما ورد من النصوص الكثيرة، منها صحيحة زرارة «منها صلاة واحدة فرضها الله في جماعة وهي الجمعة ووضعها عن تسعة عن الصغير والكبير والمجنون والمسافر والعبد والمرأة والمريض والأعمى ومن كان على رأس فرسخين»^٢، وفي خطبة أمير المؤمنين عليه السلام «الجمعة واجبة على كل مؤمن...»^٣ واستثنى العدد المذكور، ومنها صحيح محمد بن مسلم «منها صلاة واجبة على كل مسلم أن يشهدها إلاّ خمسة: المريض والمملوك

١- صحيح مسلم ج ٢ ص ١١.

٢- الوسائل الباب ١ من ابواب صلاة الجمعة الحديث ١.

٣- المصدر الباب الحديث ٦.

والمسافر والمرأة والصبي»^١، إلى غير ذلك من الأخبار، وسقوطها عنهم شاهد على عدم مشروعيتها في حقهم فلا تكون صلاتهم صحيحة فكيف تنعقد بهم. وقال الشيخ في المبسوط وجمع من الأصحاب بعدم انعقادها بالمسافر والعبد لأنهما 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 تردّد»، ينشأ التردّد من انتفاء فائدة الخطبة بدونه ومن الأصل وبعض الأخبار. حجة القائل بوجوبه هو انتفاء فائدة الخطبة بدونه خصوصاً الموعظه منها، وما ورد أنّ آية الانصات وردت في الخطبة وسُمّيت قرآناً لاشتمالها عليه، وقول أمير المؤمنين عليه السلام المروي في الدعائم «يستقبل الناس الإمام بوجوههم ويصغون إليه»^٢، وفحوى النصوص الآتية الآمرة بالصمت حال الخطبة والناهية عن الكلام وكونه مقدمة للسمع، وقال به بعض العلماء كالإيضاح وغاية المراد وغيرهما والله أعلم..

حجة القبائل بعدم الوجوب هو الأصل، وقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن مسلم «إذا خطب الامام يوم الجمعة فلا ينبغي لأحد أن يتكلّم حتى يفرغ من الخطبة»^٣، بناء على استلزام كراهة الكلام المستفاد من لفظ «لا ينبغي» حتى ادعى الشهيد أنّه نصّ فيها لعدم وجوب الإصغاء. ثم الأمر بالصمت والنهي عن الكلام أعمّ من الإصغاء قطعاً ومنع التلازم بينهما، ومال إلى عدم الوجوب كثير من الأعلام رضي الله عنهم.

ج ١ ص ٩٧ قوله رحمه الله: «وكذا تحريم الكلام في أثنائها لكن ليس بمبطل للجمعة»،

١ - الوسائل الباب ١ من ابواب صلاة الجمعة الحديث ١٤.

٢ - المستدرک الباب ١٢ من ابواب صلاة الجمعة الحديث ٥.

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

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

حجة القائل بالتحريم مضافاً إلى ما سمعته في وجوب الاصغاء بناءً على تلازمهما، ومن قال بالوجوب هناك قال بالتحريم هنا، ومادلّ في المرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «لا كلام والامام يخطب ولا التفات إلا كما يحلّ 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 الامام يخطب فقد وجب على الناس الصمت»^٣، إلى غير هذا من الأخبار الدالة بالمنطوق تارة وبالمفهوم اخرى، ومال إليه جمع من الأعلام، بل هو رأي الأكثر.

حجة القائل بعدم التحريم هو أصالة الاباحة، وما رواه ابن مسلم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال «إذا خطب الإمام يوم الجمعة فلا ينبغي لأحد أن يتكلم حتى يفرغ من خطبته، فإذا فرغ تكلم ما بينه وبين أن تقام الصلاة»^٤، ولفظ لا ينبغي صريح في الكراهة لا التحريم كما تقدّم ذكره. وفي المحكي عن التذكرة الإجماع على جواز تحذير الاعمى من الوقوع في البر أو نهى شخص عن منكر، والمحكي عن النهاية وغاية المراد أن محلّ الخلاف في كلام لا يتعلّق به غرض مهم، وعن النهاية يجوز للدخل في أثناء الخطبة أن يتكلم ما لم يأخذ لنفسه مكاناً، وربما ظهر من الغنية الإجماع على عدم الحرمة، واختارها في المبسوط والمعتبر والتبيان وغيرهم قدّس الله أسرارهم.

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

٢ - المصدر الباب الحديث ٤.

٣ - المستدرک الباب ١٢ من ابواب صلاة الجمعة الحديث ٢ و٣ و٤.

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

ج ١ ص ٩٧ قوله رحمه الله: «وهل يجوز أن يكون أبرص وأجذم فيه تردّد والأشبهه الجواز»، ينشأ التردّد من جواز الا تمام بهما في الجمعة وغيرها وعدمه قولان. حجة القائل بالجواز هو ما رواه عبدالله بن يزيد «قال: سألت أبا عبدالله عليهم السلام عن المجذوم والأبرص يؤمّان المسلمين؟ قال: نعم، قلت: هل يمتلي الله بهما المؤمن؟ قال عليه السلام: نعم وهل كتب الله البلاء إلا على المؤمن»^١، ولهذا قال المصنف رحمه الله والأشبهه الجواز.

حجة القائل بعدم الجواز الأخبار المستفيضة منها حسنة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يصلين أحدكم خلف المجذوم والأبرص والمجنون والمحدود وولد الزنا»^٢، ومنها صحيحة أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «خمسة لا يؤمّون الناس على كل حال، المجذوم والأبرص والمجنون والمحدود وولد الزنا»^٣، ورواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال «خمسة لا يؤمّون الناس ولا يصلّون بهم صلاة فريضة في جماعة، الأبرص والمجدوم وولد الزنا والاعرابي حتى يهاجر والمحدود»^٤، وحكي المنع عن جماعة من العلماء كالشيخ وابن البراج وابن زهرة، وطريق الجمع بين الأخبار الجواز على كراهة في الأبرص والمجدوم.

ج ١ ص ٩٧ قوله رحمه الله: «وكذا الأعمى» أي وكذلك التردّد في الأعمى، ينشأ من جواز الا تمام به في الجمعة وغيرها وعدمه، لتعارض الأدلة فيه. حجة القائل بالجواز هو مضافاً الى الأصل، صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام «لا بأس بأن يصلّي الأعمى بالقوم وإن كانوا هم الذين

١ - الوسائل الباب ١٥ من ابواب صلاة الجمعة الحديث ١.

٢ - المصدر الباب الحديث ٦.

٣ - المصدر الباب الحديث ٥.

٤ - المصدر الباب الحديث ٣.

يوجهونه»^١ وفي المحكي عن المنتهى على جواز إمامته مع ما ذكره في النهاية بأنه استخلف ابن أم مكتوم يؤم الناس وكان أعمى قال «قال السبعي: غزا رسول الله صلى الله عليه وآله ثلاث عشر غزوة كل ذلك يقدم ابن أم مكتوم يصلي بالناس»^٢. وفي الجواهر وقد ظهر من ذلك كله دليل الجواز، مضافاً إلى ما في الحسن «أن زارة سأل أبا جعفر عليه السلام عن الصلاة خلف الأعمى فقال: نعم إذا كان له من يسدده وكان أفضلهم»^٣. والمرسل في الفقيه عن الصادقين عليهما السلام «لا بأس أن يؤم الأعمى إذا رضوا به وكان أكثرهم قراءة وأفقههم»^٤، إلى غير هذا من الأخبار الدالة على الجواز. حجة القائل بعدم الجواز هو قول الامام الصادق عليه السلام «خمسة لا يؤمون الناس على كل حال: المجذوم والأبرص والمجنون وولد الزنا والاعرابي»^٥، والأعمى لا يتمكن من الاحتراز من النجاسات غالباً ولأنه ناقص فلا يصلح لهذا المنصب الجليل ومال إليه بعض الأعلام مشترطين السلامة في امام الجمعة.

صلاة العيدين

ج ١ ص ١٠١ قوله رحمه الله: «وفي الامصار عقيب عشر يقول الله اكبر الله اكبر وفي الثالثة ترد»، ينشأ التردد من الأصل ومن بعض نسخ خبر النقاش. حجة القائل بعدم التثليث مضافاً إلى الاصل رواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله 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 ابواب صلاة الجماعة الحديث ١ .

٢ - سنن البيهقي جلد ٣ ص ٨٨ - ٢٥ .

٣ - ٤ و - الوسائل الباب ٢١ من ابواب صلاة الجماعة الحديث ٣٥ .

٥ - المصدر الباب ١٥ من ابواب صلاة الجماعة الحديث ٥ .

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

من الأخبار التي لم يذكر فيها الثلاث، وعن الخلاف الإجماع عليه.
 حجة القائل باستحباب الثلاث هو ذكر الثلاث في بعض نسخ خبر سعيد
 النقاش قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام لي: أما إن في الفطر تكبيراً ولكنه
 مسنون قال: قلت: واين 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 اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر، الله
 اكبر والله الحمد الله اكبر على ما هدانا وهو قول الله عز وجل: «ولتكملوا العدة»
 يعني الصيام «ولتكبروا الله على ما هداكم»، كما في الوسائل والتهذيب و مال
 الى التثليث جمع بل نسب القول به الى النهاية والله أعلم.

ج ١ ص ١٠١ قوله رحمه الله: «الأولى التكبير الزائد هل هو واجب فيه تردّد والأشبه
 الاستحباب»، ينشأ التردّد من تعارض الأخبار الظاهر من بعضها الوجوب ومن
 البعض الآخر الاستحباب.

حجة القائل بوجوب التكبير الزائد مضافاً إلى التأسّي 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 الأولى 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 الأولى 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 حديث ١٨ .

٣ - المصدر الباب حديث ٢٠ .

٤ - المصدر الباب ١٠ الحديث ١٦ .

علمائنا كالسيد المرتضى وابن الجنيد وأبي الصلاح وغيرهم رضي الله عنهم .
 حجة القائل بعدم الوجوب مضافاً إلى الأصل، هو صحيح زرارة قال: «إنَّ
 عبد الملك بن أعين سأل 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 ثلاثاً سوى 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 جَوَزَ الإقتصار على
 الثلاث تكبيرات وعلى الخمس تكبيرات، وهذا يدل على أن الإخلال بها لا
 يضر الصلاة، ولهذا قال المصنف رحمه الله «الأشبه الاستحباب»، أي الأشبه
 بالقواعد الصحيحة.

ج ١ ص ١٠٢ قوله رحمه الله: «وفي خروجه بعد الفجر وقبل طلوعها تردّد الأشبه
 الجواز»، ينشأ التردّد من الأصل، ومن صحيح أبي بصير المرادي.
 حجة القائل بعدم الحرمة للخارج بين الطلوعين هو الأصل، ولعدم تعلق
 الوجوب بعدم حصول سببه، ورجحان الأصل على ظاهر النهي في رواية أبي
 بصير الآتية الذي يمكن حمل النهي على الكراهة، ولأن أبا بصير مشترك بين
 الثقة والضعيف ولهذا قال المصنف «الأشبه الجواز»، ومال إليه غيره من
 العلماء رحمهم الله تعالى.

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

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

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

في الخلل

ج ١ ص ١١٥ قوله رحمه الله: «وإن ذكر بعد أن فعل ما يبطلها عمداً أو سهواً أعاد، و إن كان يبطلها عمداً لا سهواً كالكلام فيه تردّد والأشبه الصحة»، ينشأ التردّد من أنه كالوقوع في الاثاء سهواً، ومن أن ذلك من قبيل العمدا لا السهو.

حجّة القائل بالصحة وعدم الإعادة هو عموم الأدلّة الدالّة على العفوعن السهو فيهما ونحوهما، فضلاً عن الخصوص كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل صلّى 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 وصحيح زرارة عنه عليه السلام أيضاً «في الرجل يسهو في الركعتين ويتكلّم؟ فقال: يتم ما بقي من صلاته تكلم أو لم يتكلّم ولا شيء عليه»^٢، واطلاق غيرهما من الأخبار الكثيره جداً المصّرخ في بعضها بغير الرباعيّة، ومن أراد الاطلاع على بقية أخبار الباب فليراجع الكتب الفقهيّة المطولة والله أعلم.

حجّة القائل بوجوب الإعادة هو أن ذلك من قبيل العمدا لا السهولاً أن الفرض أنه تكلم عامداً لذلك بزعم الفراغ.

و للمحكّي عن النهاية والجمل والعقود والوسيلة والاقتصاد والمهذب والغنية أنه يعيد الصلاة بل في الغنية الاجماع عليه، وعن الحلّي 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 أدلّة القائل بالبطلان ومن أجل ذلك قال المصنّف رحمه الله: الأشبه الصحة والله أعلم.

في السهو

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

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

صحيح عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام «إذا كنت لا تدري أربعاً صلّيت أم خمساً فاسجد سجدي السهو بعد تسليمك، ثمّ سلّم بعدها»^١ وصحيح الحلبي عنه عليه السلام أيضاً «إذا لم تدر أربعاً صلّيت أم خمساً أم نقصت أم زدت فتشهد وسلّم واسجد سجدين بغير ركوع ولا قراءة تتشهد فيها تشهداً خفيفاً»^٢.

و يدلّ على عدم وجوب الذكر صريحاً رواية عمّار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن سجدي السهو هل فيها تكبير أو تسبيح؟ فقال: لا إنّهما سجدتان فقط»^٣.

حجّة القائل بوجوب الذكر هو الاحتياط في البراءة عن الشغل اليقين، وصحيح الحلبي المروي في الفقيه عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال «تقول في سجدي السهو: بسم الله وبالله وصلّى الله على محمّد وآل محمّد، قال: وسمعت مرة أخرى يقول: بسم الله وبالله السلام عليك أيّها النبيّ ورحمة الله وبركاته»^٤. وروى الشيخ في الصحيح عن عبیدالله الحلبي «قال: سمعت أبا عبدالله

١ و ٢ - الوسائل الباب ١٤ من ابواب الخلل الواقع في الصلاة الحديث ٤، ١.

٣ - الوسائل الباب ٢٠ من ابواب الخلل الواقع في الصلاة الحديث ٣.

٤ - المصدر الباب الحديث ١.

عليه السلام يقول في سجدي السهو: بسم الله وبالله وصلى الله على محمد وعلى آل محمد، الى غير هذا من الأخبار المصرحة بالذكر، وقال المصنف رحمه الله بعد التردد «الأشبه لأ». أقول: المشهور عن المتأخرين وجوب الذكر وإن تفاوتت صورته، والله أعلم.

صلاة الجماعة

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

حجة القائل بعدم انعقاد الصلاة جماعة والامام أعلى من المأمومين هو المشهور كما عن جماعة، بل عند علمائنا كما عن التذكرة ونحوه ما عن غيرها، وللأصل، وموثق عمار عن الصادق عليه السلام «سألت عن الرجل يصلي بقوم وهم في موضع أسفل من موضعه الذي يصلي فيه؟ فقال: إن كان الامام على شبه الدكان أو على موضع أرفع من موضعهم لم تجز صلاتهم، وإن كان أرفع منهم بقدر اصبع أو أكثر أو أقل إذا كان الارتفاع ببطن مسيل، فإن كان أرضاً مبسوطة أو كان في موضع منها ارتفاع فقام الامام في الموضع المرتفع وقام من خلفه أسفل منه والارض مبسوطة إلا أنهم في موضع منحدر، قال عليه السلام: فلا بأس!»!

وعن عمار أيضاً «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يصلي بقوم وخلفه دار فيها نساء هل يجوز لهن أن يصلين خلفه؟ قال: نعم إذا كان الامام أسفل منهن»^٢ الحديث.

حجة القائل بانعقاد الجماعة مع علو الامام هو مرسل سهل الذي هو من غير

١- الوسائل الباب ٦٣ من أبواب صلاة الجماعة حديث ١

٢- المصدر الباب الحديث ٢.

طرقنا على الظاهر أنه قال «رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله على المنبر فكبر وكبر الناس وراءه ثم ركع وهو على المنبر ثم رجع فنزل القهقري حتى سجد في أصل المنبر ثم عاد حتى فرغ ثم أقبل على الناس فقال: أيها الناس فعلت كذا لتأتّموا ولتعلموا صلاتي»^١، وادّعى في الخلاف الإجماع على انعقادها، ولعلّه لهذا تردّد فيه المصنف.

توضيح متنا: إن هذا المرسل لا يعارض ما تقدّم من المنع، وأيضاً يوافق ما عن الشافعي بل وأبي حنيفة، أو كونه من خواص النبي صلى الله عليه وآله، أو لأنها ليست صلاة جماعة بل هو صرف تعليم للصلاة، وكونه أعلى منهم لبشاهدوا فعله صلى الله عليه وآله، فعلى هذا ومثله لا بدّ من الركون إلى الموثق وغيره القائل بالمنع والله العالم بالصواب.

صلاة المسافر

ج ١ ص ١٣٤ قوله رحمه الله: «ولو كان للتجارة قيل يقصر في الصوم دون الصلاة وفيه تردّد». ينشأ التردّد من إطلاق القصر في الصوم والصلاة في بعض الأخبار، ومن تقييده بالصوم في بعض آخر، ومن إطلاق التمام فيها في ثالث.

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

١ - سنن البيهقي ج ٣ ص ١٠٨.

٢ - المستدرک ج ١ كتاب الصوم الباب ٤ من ابواب من يصح منه الصوم الحديث ١.

به الشيخ في المبسوط .

حجة القائل بالتمام فيها ما روي عن الصادق عليه السلام أنه قال: «أما الصيد فإنه سعي باطل، وإنما أحلَّ الله الصيد لمن اضطر إلى الصيد فليس المضطر إلى طلبه سعيه فيه باطل ويجب عليه التقصير في الصلاة والصيام إذا كان مضطراً إلى أكله، وإن كان ممن يطلبه للتجارة وليس له حرفة إلا من طلب الصيد فإن سعيه حقّ وعليه التمام في الصلاة والصيام، لأن ذلك تجارته فهو بمنزلة صاحب الدور الذي يدور في الأسواق في طلب التجارة، أو كالمكاري والملاح، ومن طلبه لا هياً وأشراً وبطراً فإن سعيه ذلك سعي باطل وسفر باطل وعليه التمام في الصلاة والصيام، وأن المؤمن لفي شغل عن ذلك، إلى آخر الحديث»^١. وقيل إن المعروف بين المتأخرين التقصير فيها، بل في الرياض نسبتبه إلى عاقتهم إلى زماننا هذا.

ج ١ ص ١٣٦ قوله رحمه الله: «ولونوى الإقامة عشرأً ودخل في صلاته فعن له السفر لم يرجع إلى التقصير وفيه تردد»، منشأ التردد من افتتاح الصلاة بنية التمام ومن عدم تحقق الصلاة على التمام.

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

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

١ - المستدرک ج ١ الباب ٧ من ابواب صلاة المسافر الحديث ٢.

بتمام فليس لك أن تقصر حتى تخرج منها، وإن كنت حين دخلتها على نيتك المقام ولم تصلّ فيها صلاة فريضة بتمام حتى بدالك أن لا تقيم فأنت في تلك الحال بالخيار»^١ الحديث، فدلّ الصحيح على جواز رجوعه الى التقصير ما لم تصلّ فريضة تماماً ولعدم حصول شرط التمام وهي الإقامة، وقال به العلامة في المنتهى وغيره من أعلام الفقه رضي الله عنهم.

كتاب الزكاة

فيمن تصرف اليه الزكاة

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

حجة القائل باعتبار الحرية هو أنّ العامل يستحقّ نصيباً من الزكاة والعبد لا يملك ومولاه لم يعمل حتى يكون هو المستحق، وقال به الشيخ في المعبر وقواه في الجواهر.

حجة القائل بعدم اعتبارها هو حصول الغرض بعمله وكون العمالة نوعاً من الاجارة والعبد صالح لذلك مع إذن سيّده وقواه العلامة في المختلف و مال اليه المصنّف في المعبر.

ج ١ ص ١٦١ قوله رحمه الله: «وروي رابع وهو من وجبت عليه كفارة ولم يجد فانه يُعتق عنه وفيه تردّد»، منشأ التردّد من جواز العتق عنه من الزكاة وعدمه.

حجة القائل بالجواز هو رواية علي بن ابراهيم في كتاب التفسير عن العالم قال «وفي الرقاب قوم لزمهم كفارات في قتل الخطأ وفي الظهر 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 عليه الكفارة بمعنى تعلق الحق في رقبته أي ذمته، بل في المدارك أنّ مقتضاه جواز إخراج الكفارة من الزكاة وإن لم تكن عتقاً، لكنها غير واضحة الاسناد لأنّ علي بن ابراهيم أوردها مرسلّة، ومن ثم تردّد المصنّف في العمل بها وتردده في محله.

حجة القائل بعدم الجواز هو أن الكفارة إن كانت مخيرة فلا حاجة الى العتق مع إمكان باقي الخصال وإن عجز عن العتق، وإن كانت مرتبة انتقل بالعجز عن العتق الى غيره من الخصال فلا يتحقق الاحتياج الى العتق.

أقول: بعد الخدشة برواية ابن إبراهيم وأنها مرسلة وقلنا لذلك تردّد المصنّف بالعمل بها، لكن يمكن إعطاء ثمن الرقبة من سهم الفقراء كما أفتى به الشيخ في المبسوط والله أعلم.

زكاة الفطرة

ج ١ ص ١٧٢ قوله رحمه الله: «الزوجة والمملوك تجب الزكاة عنها ولولم يكونا في عياله إذا لم يعلمها غيره، وقيل لا تجب إلا مع العيلولة وفيه تردّد»، منشأ التردّد من وجوب الفطرة لمطلق الزوجية والملكية ومن شرط العيلولة.

حجة القائل بالوجوب مطلقاً هو اطلاق قول الصادق عليه السلام في خبر اسحاق بن عمار «الواجب عليك أن تعطي عن نفسك وأبيك وامك وولدك وامراتك وخادمك»، بل في السرائر يجب اخراج الفطرة عن الزوجات سواء 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 التصريح بوجوبها عن العبد الغائب المعلوم حياته كالمصنّف في المعتمد مع زيادة الآبق والمرهون والمغصوب محتجاً بوجوب نفقته عليه فتجب فطرته عليه ومقتضاه كون الفطرة تابعة لوجوب الانفاق، ولذا قال في المدارك أنه صرح الأكثر بأن فطرة الزوجة إنما تجب إذا كانت واجبة النفقة دون الناشز

والصغيرة الى آخر ما ذكر في محلّه والله أعلم.

حجّة القائل بالوجوب بشرط العيلولة هو خبر عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السّلام «كلّ من ضممت الى عيالك من حرّ أو مملوك فعليك أن تؤدّي الفطرة عنه»^١، وصحيح عمر بن يزيد «سألت أبا عبدالله عليه السّلام عن الرجل يكون عنده الضيف من اخوانه فيحضر يوم الفطر يؤدّي عنه الفطرة؟ فقال: نعم الفطرة واجبة على كل من يعول من ذكر أو انثى صغير أو كبير حرّ أو مملوك»^٢، الى غير هذا من الأخبار الكثيرة في هذا المضمون الناصّة 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 تردّد»، منشأه من أن قبول الموصي للوصية ناقلاً للملك من حينه أو كاشفاً عن سبق ملكه من حين موت الموصي.

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

حجّة القائل بوجوبها على الوارث هو أنّ التركة الى حال قبول الموصي له ملك الوارث، فتكون الفطرة عليه، وأنّ الوارث مالك ظاهراً ومن الممكن حين تعلق الوجوب بردّ الموصي له الوصية، ولعلّه من هذا تردّد المصنّف رحمه الله فيه والله أعلم.

١ - الوسائل الباب ٥ من ابواب 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 لو قبل ومات ثم قبض الورثة قبل الهلال وجبت عليهم وفيه تردد»، ينشأ التردد من الخلاف بين العلماء في ملك الموهوب له بعد القبول وقبل القبض وعدم ملكه.

حجة القائل بملكه قبل القبض هو أنه لا يعتبر القبض من الموهوب له في صحة الملك والهبة فلا تبطل الهبة حينئذ بالموت أي موت الموهوب له قبل القبض، لأنه ليس بشرط على رأي بعض العلماء كالشيخ في الخلاف.

حجة القائل بعدم الملك هو أن القبض شرط في صحة الهبة وتملكها، وعلى هذا فالموهوب أعني العبد مثلاً لم ينتقل إلى الميت أعني الموهوب له فلا ينتقل إلى وارثه لأن الوارث يملك ما ملكه مورثه وإلا فلا، وحيث أن 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 تردّد، أظهره المنع»، منشأه هنا من أصالة عدم الاستحقاق، ومن الاقتصار على المتيقّن.

حجّة القائل بعدم الاستحقاق هو أصالة عدم الاستحقاق، وتوقف الشغل اليقيني على البراءة اليقينية، والمرسل عن العبد الصالح عليه السّلام «وهؤلاء الذين جعل الله لهم الخمس هم قرابة النبي صلى الله عليه وآله الذين ذكرهم الله تعالى في كتابه فقال: «وأندر عشيرتك الأقربين»، وهم بنو عبد المطلب أنفسهم الذكر منهم والانثى ليس فيهم من بيوتات قريش ولا من العرب أحد... الى أن قال: ومن كانت أمه من بني هاشم وأبوه من سائر قريش فإن الصدقة تحلّ له وليس له من الخمس شيء، لأنّ الله تعالى قال «ادعوهم لآبائهم...» الى آخره»^٢، وغيره من الأخبار الكثيرة بهذا المعنى، وللاجماع المنقول في الانتصار، ولهذا قال المصنّف 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 جاهليّة ولا اسلام، وشبك بين أصابعه وقال: بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد... الى آخر الحديث»^٣، وخبر زرارة

١ - سورة الشعراء الآية ٢١٤ .

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

٣ - كز العمال ج ٧ ص ١٤٠ .

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

ج ١ ص ١٨٣ قوله رحمه الله: «السادسة: الايمان معتبر في المستحق على تردّد»، منشأه من الشغل المقتضي للاقتصار على المتيقّن، ومن اطلاق الكتاب والستة.

حجّة القائل باعتبار الايمان هو الشغل المقتضي للاقتصار على المتيقّن، وللإجماع المنقول عن الغنية، وكون الخمس كرامة وموادة لا يستحقّها غير المؤمن، ولأنّ الخمس عوض الزكاة واعتبار الايمان في مستحقّها اجماعي، ولذا قطع المصنّف رحمه الله في المعبر باعتبار هذا الشرط.

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

كتاب الصوم

فيما يفسد الصوم

ج ١ ص ١٨٩ قوله رحمه الله: «وفي فساد الصوم بوطي الغلام والدابة تردّد وإن حرم»، منشأه 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 والمصنّف رحمه الله تعالى: ان فساد الصوم بكل من الغلام والدابة تابع لوجوب الغسل، واستدل عليه في المختلف بأنّ الغسل معلول للجنابة وهي علة للأحكام المذكورة فاذا حصل المعلول دلّ 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 ثلاث 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 بالجماد جائرة وبالمابع محرمة ويفسد بها الصوم على تردّد»، منشأ التردّد من اختلاف الأصحاب في حكم الحقنة في حال الصوم. حجّة القائل بفساد الصوم هو صحيح البنزنطي عن أبي الحسن عليه السلام أنه سأله «عن الرجل يحتقن تكون به العلة في شهر رمضان؟ فقال عليه السلام:

الصائم لا يجوز له أن يحتقن^١، وكما عن المختلف حاكياً له عن الشيخ في المبسوط والجلد والقاضي والحلي وحكي أيضاً عن الارشاد والتحرير والدروس وغيرها، بل في الناصريات لم يختلف في أنها مفطرة.

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

كفارة إفساد الصوم

ج ١ ص ١٩١ قوله رحمه الله: «من أكل ناسياً فظنَّ فساد صومه فأفطر عامداً فسد صومه وعليه قضاءه وفي وجوب الكفارة تردّد الأشبه الوجوب»، ينشأ التردد من الخلاف به بين الأصحاب لاختلاف الأدلة الواردة في الباب.

حجة القائل بوجوب الكفارة هو كما في كل جاهل للحكم إذ ما نحن فيه من أفراده فعليه القضاء والكفارة. مضافاً الى قاعدة المنع من كل ما يصل الى الجوف، دعوى الاجماع عليه كما عليه الناصرية والغنية والسرائر وغيرها، ويشمله اطلاق موثقي سماعة «قال: سألته 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 يمني؟ قال: عليه من الكفارة مثل ما على الذي يجامع»^٤، وخبر الهروي «قال:

١- الوسائل الباب ٥ من ابواب ما يمك عن الصائم الحديث ٤ .

٢ و٣- المصدر الباب ٨ من ابواب ما يمك عن الصائم الحديث ١٢ و١٣ .

٤- المصدر الباب ٤ ما يمك عن الصائم الحديث ١ .

قلت للرضا عليه السلام: يا بن رسول الله صلى الله عليه وآله قد روي عن آبائك عليهم السلام فيمن جامع في شهر رمضان أو أفطر فيه ثلاث 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 ثلاث 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.

حجة القائل بعدم وجوبها هو ما في المدارك من أنه لا دلالة في شيء من الروايات التي وصلت إلينا على تعلق الكفارة بالجاهل إذا الحكم فيها وقع معلقاً على تعمد الإفطار، وهو إنما يتحقق مع العلم يكون ذلك الفعل مفسداً للصوم، فإن من أتى بالمفطر جاهلاً كونه كذلك لا يصدق عليه أنه تعمد الإفطار وإن صدق عليه أنه تعمد لذلك الفعل.

وعن الشيخ في التهذيب وابن ادريس أنه إذا جامع أو أفطر جاهلاً بالتحريم لم يجب عليه شيء وظاهرهما سقوطهما معاً، كما عن المنتهى احتمالاً لسقوط القلم عنه، وفي المعتبر الذي يقوى عندي فساد صومه ووجوب القضاء دون الكفارة، وفي المدارك وإلى هذا القول ذهب أكثر المتأخرين وهو المعتمد. هذا نص ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله تعالى والله العالم.

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

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

حجة القائل بعدم وجوب القضاء هو أنّ دفع الخوف عن النفس أولى من الامسك ، وجعله الشيخ في الخلاف اكرهاً وهوفي 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 الكفارة عنه وهي من جملة أحكامه.

حجة القائل بوجوب القضاء هو الاكراه الراجع للصوم هو الراجع للقدرة وهو البالغ حدّ الاحياء لاستحالة التكليف معه لأن القدرة شرط التكليف، وهو قول الشيخ أيضاً في المبسوط، ومرسل رفاة عن رجل عن أبي عبدالله 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 نصّ في القضاء فيكون كذلك في الاكراه جواز الافطار مع وجوب القضاء، وهو المشهور بين أو عند متأخري المتأخرين وهو الأحوط.

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

حجة القائل بوجوب الكفارة هو أصالة وجوب الكفارة عنه وجوب القضاء، وخبر المروزي عن الفقيه عليه السلام «إذا أجنب 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 أجنب في شهر رمضان فنام حتى يصبح فعليه عتق رقبة أو 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 للتقية حديث ٥ .

٢ و ٣ - المصدر باب ١٦ في ابواب تعمّد البقاء على الجنازة الحديث ٣٠٢ .

كما أنّ المحكي عن الشيخين وابني زهرة وحمزة والحلي والحلي والعلامة والشهيد والمحقق الثاني في جملة من كتبهم رحمهم الله تعالى القول بالوجوب، وفي جامع المقاصد الاجماع عليه لأنه كتعمد البقاء على الجنابة.

حجة القائل بعدم وجوب الكفارة هو الأصل، وقصور سند الخبرين، بل و دلالتها لاطلاقهما الكفارة على تارك الغسل حتى الصبح، والمحكي عن المعتمد والمنتهى والمدارك وجماعة من متأخري المتأخرين عدم الوجوب، وقول المصنف رحمه الله على قول مشهور تلزمه الكفارة لعله أشار الى الاجماع المنقول في جامع المقاصد.

أقول: المشهور في زماننا عدم وجوب الكفارة في مثل الفرض، ومن قال بها استحباباً فهو أحوط، وأما القضاء فمتفق عليه والله العالم بالصواب.

في المفطرات

ج ١ ص ١٩٣ قوله رحمه الله: «وقيل صبّ الدواء في الاحليل حتى يصل الى الجوف يفسده وفيه تردد»، ينشأ التردد من عدم صدق الأكل والشرب عليه، ومن وصول المفطر الى الجوف فيبطله.

حجة القائل بعدم فساد الصوم هو صحيح محمد بن مسلم «قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لا يضّر الصائم ما صنع إذا اجتنب ثلاث خصال الطعام والشراب والنساء والارتماس في الماء»^١، كما في رواية اخرى أربعة خصال عن ابن محبوب، فثل هذا الصحيح وغيره المتضمن لوجوب الاجتناب عن الثلاث أو الأربع خصال، والظاهر عرفاً الأكل والشرب من الفم فيجب الاجتناب عنه و ماعداه من المفطرات كالحقنة بالمائع وغيرها يحتاج الى دليل

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

بالخصوص، فالبناء على قاعدة المنع مما يصل الى الجوف مطلقاً غير ظاهر وفي المسالك الاصح عدم الافساد.

حجة القائل بفساد الصوم هو أنّ الأدلة الدالة على ذلك لم تختص بالمنع عن الاكل والشرب بل في بعضها دلالة على ما هو أعمّ منها، كيف ولو خصّ بهما لأشكل الحكم بالافطار بالطعام والشراب الذي يصل الى 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 مفترية الغبار الواصل الى الحلق أو الاستنشاق. فالمعتبر في الصوم من مجموع ما قدمنا عدم الايصال الى الجوف مطلقاً، فعلى هذا يشكل صب الدواء في الاحليل وفي محكي المسوط الجزم بمفطريته وفي المختلف أنه الأقرب فتأمل فيه.

القضاء عن الميت

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

حجة القائل بوجوب القضاء بالتساوي هو عموم الولي والأولى بميراثه كما في صحيحة حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام «قاله: سألته عن الرجل يموت وعليه صلاة أو صيام؟ قال: يقضي عنه أولى الناس بميراثه، قلت: فإن كان أولى الناس به امرأته؟ فقال: لا إلا الرجال»^١ فإن ذلك كما يتناول المتحد يتناول المتعدد، وإذا وجب القضاء تساوا فيه لامتناع الترجيح من غير مرجح، وفي الجواهر الأقوى ذلك وفاقاً 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 بواحد يكون عينياً أيضاً عند انطباقه على المتعدد فتأمل والله أعلم.

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

ج ١ ص ٢٠٤ قوله رحمه الله: «وهل يقضى عن المرأة ما فاتها فيه تردّد»، منشأه من اشتراك الذكور والاناث في الأحكام غالباً ومن أصالة البراءة، وعدم النص الصريح في الباب.

حجة القائل بوجوب القضاء عن المرأة هو ما نسب الى الأكثر تارة والى المعظم أخرى لقاعدة اشتراكها في الأحكام، ويشهد له صحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن امرأة مرضت في شهر رمضان أو طمشت أو سافرت فأتت قبل خروج شهر رمضان هل يقضى عنها؟ قال عليه السلام: أما الطمشت والمرض فلا، وأما السفر فنعم»^١، ونحوه صحيح ابن مسلم^٢، وما في خبر أبي بصير الوارد «فيمن مرضت في شهر رمضان فأتت في مرضها. قال عليه السلام: لا يقضى عنها فان 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 ابواب احكام شهر رمضان الحديث ٤.

٢- المصدر الباب الحديث ١٦.

٣- المصدر الباب الحديث ١٢.

السؤال عن الوجوب لا عن المشروعية والله العالم.
 حجة القائل بعدم وجوب القضاء عنها هو أصالة البراءة، وعدم النص
 الصريح، وقال ابن ادريس لا قضاء عن المرأة لأنّ الاجماع انما انعقد على
 وجوب القضاء عن الرجل خاصة، والحاق المرأة به يحتاج الى دليل، وجوبه
 معلوم مما تقدم.
 أقول: القضاء أقوى كما عليه اكثر متأخري المتأخرين فتدبر جيداً والله العالم.

في صوم الكفارات

ج ١ ص ٢٠٥ قوله رحمه الله: «وفي كفارة جزاء الصيد تردّد، وتنزلها على الترتيب
 أظهر»، منشأ التردّد الخلاف بين التخيير والترتيب في خصال الكفارات.
 حجة القائل بالتخيير بين 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 يحكم فيه
 ذوا عدل منكم» الى قوله: «أو كفارة طعام مساكين» الآية، لأنّ لفظ (أو)
 صريح في التخيير، وفي المسالك القول بالتخيير أقوى.
 حجة القائل بالترتيب هو الأخبار الكثيرة الدالة عليه، منها ما عن أبي بصير
 عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن محرم أصاب نعامه وحمار وحش؟
 قال: عليه بدنة، قال: قلت: فإن لم يقدر على بدنة؟ قال: فليطعم ستين
 مسكيناً، قلت: فإن لم يقدر على أن يتصدّق؟ قال: فليصم ثمانية عشر يوماً،
 والصدقة مدّ على كل مسكين»^١، ومنها ما عن داود الرقي عن أبي عبدالله
 عليه السلام «في الرجل يكون عليه بدنة واجبة في فداء؟ قال: إذا لم يجد بدنة
 فسيح شياء، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً»^٢ إلى غيرها من الروايات فراجع

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.

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

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

كتاب الحج

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

حجّة القائل بالاجزاء هو الاجماع المدعى، قال في التذكرة: وإن بلغ الصبي أو اعتق العبد قبل الوقوف بالمشعر، فوقف به أو بعرفة معتقاً وفعل باقي الأركان أجزأه عن حجة الاسلام، وكذا لو بلغ أو اعتق وهو واقف عند علمائنا أجمع. وفي الخلاف: وإن كمل يعني الصبي والعبد تغير إحرام كل منهما بالفرض واجزأه عن حجة الاسلام، وبه قال الشافعي الى أن قال: دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم، فانهم لا يختلفون في هذه المسألة وهي منصوصة لهم.

ثمّ الظاهر من كلماتهم عدم الفصل بين الصبي والمجنون والأدلة الآتية المستدلّ بها على الحكم في الصبي مطردة في المجنون 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 ففي صحيح شهاب عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل أعتق عشية عرفة عبداً له؟ قال عليه السلام: يجزي عن العبد حجة الاسلام»^١، وصحيح معاوية بن عمّار «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: مملوك أعتق

يوم عرفة قال عليه السلام: إذا أدرك أحد الموقفين فقد أدرك الحج^١، وليس فيهما ظهور فيما نحن فيه كما في مستمسك العروة. وفي المسالك: والمعتمد الاجزاء تعويلاً على الاجماع المنقول، وعدم العلم بالمخالف على وجه يقدر فيه. وفي الجواهر: لا ريب في أن الاقوى الاجزاء عن حجة الاسلام، والفتوى مشهورة بالاجزاء.

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

حجة القائل بعدم الاجزاء هو الأصل، ومنع دلالة الأخبار على الصبي والمجنون صريحاً وإنما دلت على العبد، وحملها عليه قياس كما عن ظاهر النافع وصريح الجامع، وفي المستند نسب المنع الى جمع من متأخري المتأخرين وجعله الأظهر، وفي الشرايع والمعتبر في الاجزاء تردد، وفي المنتهى وإن أدرك أحد الموقفين بالغاً في الاجزاء تردد، وفي المدارك التردد في محله وفي المسألة مزيد تفصيل فراجع وتأمل فيه والله العالم بالصواب.

في الإحرام

ج ١ ص ٢٣٨ قوله رحمه الله: «وهل يسقط الدم والحال هذه، فيه تردد»، منشأه من أنه نسك مستقل، ومن أنه جبران لمافات من إحرام الحج من الميقات. حجة القائل بأنه نسك مستقل هو أن دم هدي التمتع واجب على المتمتع وأنه نسك من المناسك أي عبادة خاصة كالطواف والسعي وغيرها من المناسك الواجبة بالأصالة. هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل ادعى الشيخ في الخلاف عليه الاجماع واحتج له أيضاً بقوله تعالى «والبدن جعلناها لكم من شعائر

١- الوسائل باب ١٧ من ابواب وجوب الحج حديث ٢ .

الله...»^١ الى قوله «فكلوا منها»، فمن ناحية كونها من الشعائر أي العبادات التي يُعبد 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 للاحرام. وفي المدارك إن هدي التمتع عندنا نسك كغيره من أفعال الحج لا تعلق له بالإحرام، وفي من تعذر عليه الاحرام من مكة أحرم مما يتمكن، تدلّ عليه صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام «قال: سألته عن رجل نسي الاحرام بالحج فذكره وهو بعرفات ما حاله؟ قال: يقول اللهم عليّ كتابك و سنة نبيك، فقد تمّ احرامه، فإن جهل أن يحرم يوم التروية بالحج حتى يرجع الى بلده، إن كان قضى مناسكه كلها فقد تمّ حجه»^٢، ومورد الرواية وإن كان خصوص الناس لكن المفهوم منه مطلق العذر، مضافاً الى الاجماع كما ذكره المرحوم الحكيم في المستمسك والله أعلم.

حجة القائل بأن الهدي جبران للاحرام حيث لم يقع من أحد المواقيت الستة الخارجة عن مكة المكرمة، هو الظاهر من المبسوط اختياراً أنه جبران حيث قال فيه: اذا أحرم المتمتع من مكة ومضى الى الميقات ومنه الى عرفات صحّ واعتدّ بالاحرام من الميقات لا يلزمه دم. قال في الدروس بعد حكاية قول المبسوط وهو يشعر بأنه لو أنشأ إحرامه من الميقات لا دم عليه بطريق الأولى، وهذا بناءً على أن دم التمتع جبران لانسك.

وما ذكره في المبسوط مذهب الشافعي فإنه شرط في وجوب هدي التمتع 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 المواقيت حديث ٨ .

فراجع وتأمل والله أعلم.

ج ١ ص ٢٤٠ قوله رحمه الله: «ولو فعل قيل ينعقد واحدة وفيه تردّد»، ينشأ التردّد من اشتغال النية على الأمرين معاً فاذا بطل أحدهما وقع الآخر صحيحاً، ومن تساويهما في الصحة والبطلان فبطلان أحدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح. حجة القائل بانعقاد واحدة منهما هو الاجماع المحكي عن خلاف الشيخ الطوسي، وبه قال الشافعي، وفي الجواهر لو لم تكن نيتهما تشريعاً باطلاً وإلا فلا تردّد في صحة الأولى التي قارنتها نيتهما. نصّ كلام الشيخ الطوسي: من أهلّ بحجتين انعقد إحرامه بواحدة منها وكان وجود الاخرى وعدمها سواء لا يتعلّق بها حكم، فلا يجب قضاؤها ولا الغدية وهكذا من أهلّ بعمرتين.

حجة القائل نانعقادهما معاً وبه قال أبو حنيفة واجب عليه قضاء أحدهما لأنه أحرم بهما ولم يتمهما، وقيل ببطلانها معاً لأنّ تصحيح واحدة دون الاخرى ترجيح بلا مرجح. وفي المدارك إن كان المراد بنية الحجّتين والعمرتين الا تيان بالحجة الثانية أو العمرة الثانية بعد التحلّل من الاولى، اتجه ما ذكره الشيخ لأنّ الاولى أوقعت نيتها صحيحة وضميمة نية الا تيان بالثانية بعد التحلّل من الاولى لا تقتضي الفساد، وإن كان المراد به الا تيان بالثانية قبل التحلّل من الاولى واحتساب الفعل الواحد عنهما فلا ريب في فساده، انتهى كلامه رفع مقامه.

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

ج ١ ص ٢٥١ قوله رحمه الله: «والنقاب للمرأة على تردّد»، منشأه من أصالة الجواز ومن منافاته لكشف الوجه.

حجة القائل بعدم الحرمة هو أصالة الجواز وصحيح العيص عن الصادق عليه السلام «المرأة المحرمة تلبس ما شاعت من الثياب غير الحرير والقفازين

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

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

وفي المدارك القول بتحريم النقاب مذهب الأصحاب لا أعلم فيه مخالفاً، وفي الجواهر فالتحقيق حينئذٍ حرمة 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 أشار إليه صاحب وسائل الشيعة، لا يبعد قوة القول بحرمة النقاب للمرأة والله العالم بالصواب.

في أحكام الصيد والكفارة

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

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

١ - الوسائل الباب ٣٣ من ابواب الإحرام ح ٩ .

٢ و ٣ - الوسائل الباب ٤٨ الحديث ١ و ٣ .

وخبري غياث بن ابراهيم^١ وأبي البختري^٢، ولا ينافيها وجوب الكفارة التي وجبت في قتل الصيد خطأ، ولذا جَوَزَ في محكي المبسوط قتله مع التكفير كما عن جماعة، على ما في لجواهر نقلاً عن المسالك .

حجّة القائل بعدم الجواز هو النهي في بعض الأخبار، كصحيح معاوية بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن محرم قتل زنبوراً؟ قال: إن كان خطأ فليس عليه شيء، قلت: لا بل متعمداً؟ قال عليه السلام: يطعم شيئاً من الطعام، قلت: إنه أرادني، قال: إن أرادك فاقتله»^٣، ونحوه خبره الآخر أيضاً، ونحوهما ما رواه يحيى الأزرق «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام وأبا الحسن عليه السلام عن محرم قتل زنبوراً؟ قال إن كان خطأ فليس عليه شيء، قال: قلت: فالعمد؟ قال: يطعم شيئاً من طعام»^٤، والمنع إنما يتوجه الى العامد وانما ذكر المصنّف رحمه الله حكم الخطأ لدفع توهم مساواة الزنبور للصيد في اشتراك العامد والخطأى والناسي في لزوم الفدية بقتله واستوجه المصنّف رحمه الله المنع، وفي المسالك هو الأقوى يعني رأي المصنّف، وفي المدارك الأصح ما اختاره المصنّف رحمه الله لصحيحة معاوية بن عمّار وبمضمون الرواية أفتى المصنّف رحمه 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 رحمه الله: «ولو اشترك جماعة في قتله فعلي كل واحد فداء وفيه تردد»، منشأه من صدق القتل والاصابة على كل، ومن الأصل بعد منع الصدق. حجّة القائل بوجوب الفداء أي الثمن على كل واحد من المحلّين في المحرم، 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 و ٢ - الوسائل الباب ٨١ في ابواب ترك الاحرام حديث ٨ و ١٢ .

٣ و ٤ و ٥ - المصدر الباب ٨ من ابواب كفارات الصيد الحديث ٣٥١ و ٣٥٢ .

خبر معاوية بن عمّار «أي قوم اجتمعوا على صيد فاكلوا منه فإن على كل انسان قيمته، فإن اجتمعوا في صيد فعليهم مثل ذلك»^١، وما ذكر في مسألة اشتراك المحرمين في القتل ما يستفاد منه قوة القول بمساواة المحلّين لهم في ذلك أيضاً، كما في الجواهر أنه لا خلاف بيننا في أنه يحرم من الصيد على المحلّ في الحرم ما يحرم على المحرم منه في الحلّ والحرم، مضافاً الى 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 محرماً فيصطاده»^٢ الرواية.

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

حجة القائل بوجوب الفداء الواحد على الجميع، هو الأصل بعد منع صدق القتل على الحل، وضعف خبر معاوية بن عمّار سنداً ودلالة باحتمال اختصاصه بالمحرمين دون المحلّين كما هو أكثر النصوص في الباب، وكون الصيد ليس بأعظم من الاشتراك في قتل مؤمن إذا لزمته الديّة، ولعله لهذا قال في محكي المبسوط إن قلنا يلزمهم جزاء واحد لكان قوياً، وقاله به بعض العامة أي أوجب جزاء واحداً عليها، وفي المسألة مزيد بيان في محلّه من كتب الفقه فراجع وتأمل والله العالم بالصواب.

ج ١ ص ٢٩١ قوله رحمه الله: «لكن لو أصابه ودخل الحرم فئات ضمنه وفيه تردّد»،

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

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

منشأ التردد من أنّ الجناية غير مضمونه لوقوعها في الحلّ، ومن السراية في الحرم وكان سبباً للتلاف.

حجّة القائل بعدم وجوب الضمان، هو صحيح ابن الحجاج «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل رمى صيداً في الحلّ فضى برميته حتى دخل الحرم فأتى أعليه جزاءه؟ قال: لا ليس عليه جزاءه لأنه رمى حيث رمى وهو له حلال، إنما مثل ذلك مثل رجل نصب شركاً في الحلّ الى جانب الحرم فوقع فيه صيد فاضطرب الصيد حتى دخل الحرم فليس عليه جزاءه لأنه كان بعد ذلك شيئاً، فقلت له: هذا القياس عند الناس، فقال: إنما شبهت لك شيئاً بشيء»^١، وغيره من الأخبار، وقد صرح في الفقيه والكافي بنفي الجزاء، وفي المسالك الأقوى عدم الضمان، وفي المدارك والأصح عدم الضمان لصحة مستنده.

أقول: القول بعدم الضمان لا يخلو من رجحان، لأنها جناية 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 عبد الله عليه السلام «قال: سألت عن رجل قضى حجّه ثم أقبل حتى إذا خرج من الحرم فاستقبله صيد قريباً من الحرم والصيد متوجه نحو الحرم فرماه فقتله ما عليه في ذلك؟ قال: يفديه على نحوه»^٢.

و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «قال إذا كنت محلاً في الحلّ فقلت صيداً فيما بينك وبين البريد الى الحرم فأنت عليك جزاءه»^٣ الحديث. لهذه النصوص وغيرها حكى القول بالضمان عن التهذيب والنهاية والاستبصار والمبسوط

١- الوسائل الباب ٣٠ من ابواب كفارات الصيد الحديث ٤

٢- المصدر الباب الحديث ١

٣- المصدر الباب ٣٢ من ابواب كفارات الصيد الحديث ١

والمهذب والأصباح والجامع، ولذا اطلق في محكي 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 رحمه الله: «ولو كان في بلده فيه تردد والأشبه أنه يملك»، منشأه من وجوه الاحرام المانع عن الملك، ومن البعد الموجب لعدم خروج الصيد فيه عن الملك.

حجة القائل بوجود المانع عن الملك، هو الاحرام بدليل الآية الشريفة في سورة المائدة آية ٩٥ قوله تعالى «أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرّم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً واتفقوا الله الذي اليه تحشرون»، وغيرها لأنه لا يملك الصيد ابتداءً في حال الاحرام فكذلك استدامة. ونقل صاحب الجواهر عن التذكرة أنه قطع فيها بزوال ملكه عنه بالاحرام، واحتججه له بأن استدامة الامساك كابتدائه وهو يعم 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، الى آخر كلامه.

حجة القائل ببقاء ملكه وعدم خروجه عنه بالاحرام، هو البعد الموجب لعدم خروج الصيد فيه عن الملك فيقبل دخوله فيه، لهذا قال المصنف رحمه الله «الأشبه أنه يملك» وفاقاً 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 تلازمهما مع الابتداء وبه يخرج عن عموم الآية الشريفة، فيبقى حينئذ عموم التملك بأسبابه بحاله.

و بعض الأخبار تشير الى 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 عبد الله عليه السلام^٢ وغيرهما من الأخبار. وفي المسالك هذا هو الأقوى، 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 محلاً وفي الصغيرة شاة وفي ابعاضها قيمة وعندني في الجميع تردد»، ينشأ التردد من قصور المستند و أصالة البراءة، ومن الشهرة ودعوى الاجماع.

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

حجة القائل بوجوب الكفارة هو الاجماع الذي حكي عن الخلاف وهو الحجة، بل حكي عن المسوط والخلاف والغنية والوسيلة أن الكفارة بالتفصيل المذكور، بل الشهرة بين الأصحاب بعد ما رواه الشيخ عن موسى بن القاسم «قال: روى أصحابنا عن أحدهما عليها السلام أنه قال: اذا كان في دار الرجل شجرة من شجر الحرم لم تنزع فاذا أراد نزعها نزعها وكقر بذبح بقرة يتصدق

بلحمها على المساكين»^١، معتزداً 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 فدائه»^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 بمكة؟ 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 رحمه الله: «وكذا قيل فيمن قلع ضرسه وفي الجميع تردّد»، منشأه من اشتهار الحكم بين الأصحاب ومن أصالة البراءة وقصور الدليل.

حجة القائل بوجوب الكفارة 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 دمًا»^٤، وضمنان الشاة عن الكافي والمهذب وعن النهاية والمبسوط دم، وعن الجامع دم مع الاختيار، وعليه حمل اطلاق الشيخ في محكي المنتهى. والأصل في ذلك الخبر المتقدم، وفي المسالك: اشتهار الحكم بين الأصحاب ولا ريب أن الوجوب أولى، وفي الجواهر: أن الأقوى وجوبها كما في التردّد السابق، بل وكذا هنا عملاً بالمضمر الذي تشهد القرائن أنه عن الامام عليه السلام خصوصاً بعد عمل من عرفت به بل قيل إنه المشهور، انتهى. أقول: هذه المسألة كسابقتها والمختار هناك المختار هنا وهو الاحتياط والله العالم بالصواب.

حجة القائل بعدم الوجوب هو البراءة الأصلية أولاً، والاضمار ثانياً، وأن

١ - ٣ والوسائل الباب ١٨ من ابواب بقية كفارات الاحرام الحديث ١٠٣.

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 للامام عليه السلام بل احتمال فيها الاسناد، مع أن الحسن الصيقل سأل الصادق عليه السلام «عن المحرم تؤذيه ضرسه أيقلعه؟ فقال: نعم لا بأس به»^١، وعن ابني بابويه والجنيد 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 الى البراءة الأصلية أولى والله أعلم.

كتاب الجهاد

فيمن يجب عليه

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

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

وفي المسالك إذا تجدد العذر بعد التحام الحرب فإن كان خارجاً كرجوع الأبوين وصاحب الدين، لم يعتبر رجوعه لعموم الأوامر الدالّة على الثبات حينئذٍ، وإن كان ذاتياً كالمرض والعمى والاقعاد، ففي السقوط قولان أقرهما ذلك، لعدم القدرة التي هي شرط الوجوب. وقال ابن الجنيّد: 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 مقدّم على فرض الكفاية، وأنه صلى الله عليه وآله ردّ من منعه أبواه.

والأخبار المطلقات ما ورد عن جابر عن أبي عبد الله 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 حياً عند الله ترزق وإن قتت فقد وقع أجرك على الله، وإن رجعت خرجت من الذنوب كما ولدت، فقال: يا رسول الله إن لي والدين كبيرين يزعمان أنّهما يأنسان بي ويكرهان خروجي، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: أقم مع والديك فوالذي نفسي بيده لأنسهما بك يوماً وليلة خير من جهاد سنة^١، إلى غير ذلك من الروايات الدالة على مطلق تقديم حق الوالدين ابتداءً واستدامةً والله العالم بالصواب.

في التحكيم

ج ١ ص ٣١٦ قوله رحمه الله: «ویراعی فی الحاکم کمال العقل والاسلام والعدالة وهل یراعی الذکورة والحریة قبل نعم وفيه تردد»، منشأه من أصالة عدم الاشتراط، ومن أن العبد والمرأة قاصران عن مرتبة الحكم.

حجة القائل بعدم الاشتراط هو الأصل، واطلاق الفتاوى وانحياز القصور المذكور باعتبار العدالة والمعرفة بالمصالح الحاضرة والمتأخرة، بل واعتبار المعرفة في الأحكام الشرعية كي لا يكون حكمه مخالفاً للشرع كما في الجواهر، وقال أيضاً: وأما الذکورة والحریة فقد عرفت الكلام في اشتراطهما، ولعل الأقوى عدمه لما عرفت.

حجة 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 يشترط في الحاکم شروط سبعة: أن يكون حراً مسلماً بالغاً عاقلاً ذكراً فقيهاً عدلاً. وقال في المسالك: واشترطها أجود، وفي المبسوط: أما الحاکم

فلا بدّ من أن يكون حراً مسلماً بالغاً ثقة من أهل العلم، فإن كان صبيّاً أو مجنوناً أو امرأة أو عبداً أو فاسقاً أو كافراً لم يجز. أقول: إن كان التعيين لصاحب هذا المنصب الخطير بنظر الامام عليه السلام فلا بدّ أن يختار من هو صالح له وإلا فلا محيص من أن يكون فرداً جامعاً لمرتبة كاملة دون غيره فتأمل والله أعلم.

مسائل

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

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

حجة القائل بعدم ثبوت الحق للوارث، هو أنّ الميت إنما يملك حقه بالقبض، فاذا مات قبله امتنع الملك في حقه. وفي الجواهر الأقوى عدم المطالبة وفاقاً للكركي وثاني الشهيدين، وفي الجواهر أيضاً بل لعلّ 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 رحمه الله: «وهل له قتلهم واسترقاقهم ومفاداتهم؟ قيل: نعم، وفيه تردّد»، ينشأ التردّد من أنهم دخلوا بلاد الاسلام بأمان فوجب ردّهم، ومن فساد

الأمان من قبلهم.

حجة القائل بردهم الى مأمئهم هو أنهم دخلوا بلاد الاسلام بأمان، فوجب ردهم الى مأمئهم، وبه قال في القواعد ومحكي المبسوط، بل عن الايضاح عدم الخلاف في الرد وفي الجواهر الدخول بالأمان يمنع من الاغتسال كما هو شأن كل حربي دخل دارالاسلام بأمان فضلاً عن الذمة.

حجة القائل بأن الامام مخير فيهم هو قول الشيخ في محكي المبسوط، نعم هو مخير بين القتل أو الاسترقاق أو الرد الى مأمئهم، لأن خرق الذمة نشأ منهم فليس فيه اغتيال ولا خيانة فيجري عليهم حينئذ حكم أهل الحرب، ولعله الأقوى كما في المنتهى والمسالك وحاشية الكركي ومحكي التذكرة، بل عن الغنية الاجماع عليه قال: ومتى أخل بشيء منها-أي الشرائط-صارت دماؤهم هدراً وأموالهم وأهاليهم فيئاً للمسلمين، بدليل الاجماع المشار اليه.

ومنه حينئذ يشكل الحكم بجواز الرد الى المأمئ الذي قد عرفت دعوى الفخر نفي الخلاف فيه، ضرورة اندراجهم في أهل الحرب المأمئين بقتالهم و سببهم ونهبهم كتاباً وستة وإجماعاً بقسميه. ثم قال في الجواهر: فلعل الأقوى حينئذ انتقاض الأمان في توابعه فتسبى نساؤه وتسترق ذريته، ويتخير فيه الامام عليه السلام بين القتل والمن والاسترقاق والفداء، على حسب ما سمعته في الأسير بعد وضع الحرب أوزارها.

أقول: بعد الانحراف عن شروط الذمة يرجع أمرهم الى الامام عليه السلام وهو أعلم بمصالح المسلمين والله العالم.

ج ١ ص ٣٣٢ قوله رحمه الله: «وفي الاجتياز به والامتيار منه تردّد»، منشأ التردّد من إطلاق الأمر بإخراجهم منه، ومن أنّ المنساق منه منع السكنى.

حجة القائل بمنع الاجتياز، هو الأمر بالاخراج فيشمل باطلاقه السكنى والاجتياز والامتيار، ويدلّ عليه ما في الدعائم عن جعفر بن محمد عليهما السلام أنه

قال «لا يدخل أهل الذمة الحرم ولا دارالهجرة ويخرجون منها»،^١ وحينئذ فإن قدم ميرة لا يصل الحرم منع من الدخول اليه، فإن أراد أهل الحرم الشراء منه خرجوا اليه الى الحل، ولو جاء رسولاً بعث اليه الامام عليه السلام من يسمع منه، ولو أراد مشافهة خرج اليه الامام عليه السلام من الحرم مضافاً الى 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 الى 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: «لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب»^٤، بناء على أن المراد من جزيرة العرب في هذه الأخبار الحجاز خاصة كما في المنتهى وعن المسوط والتذكرة، بل في الأول ونفي بالحجاز مكة والمدينة واليمامة وخيبر وينبع وفدك ومخاليقها^٥، ويسمى حجازاً لأنه حجز بين نجد وتهامة...، إلى ان قال: وإنما قلنا أن المراد بجزيرة العرب الحجاز خاصة لأنه لولا 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 الربا فنقضوا العهد، الى هذا أشار صاحب الجواهر.

حجة القائل بالجواز هو الأصل، ولأن المتبادر منه منع السكنى لا الاجتياز والامتيار، ولعله الأقوى كما فيه الجواهر وفاقاً لجماعة بل في المسالك هو الأشهر

١- دعائم الاسلام ج ١ ص ٣٨١. مستدرک الوسائل ج ٢ الباب ٤٣ من ابواب جهاد العدو الحديث ١.

٢- سنن البيهقي ج ٩ ص ٢٠٨.

٣- سنن البيهقي ج ٩ ص ٢٠٧.

٤- والخاليق: الكور واحدها مخلاف.

اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن، وما في ايضاح الفوائد في شرح القواعد يجوز لهم الاجتياز بالحجاز والامتيار منه ولا يُمكن من الاقامة ازيد 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 تردّد»، منشأه من أنّ الحيلولة حصلت بالموت فلا يستحق مهراً، ومن سبق الاسلام عليه.

حجة القائل بعدم جواز دفع شيء للزوج كما صرح 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.

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

كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

في شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

ج ١ ص ٣٤٤ قوله رحمه الله: «وهل يقيم الرجل الحد على ولده وزوجته، فيه تردد»، منشأ التردد من دعوى الشيخ ورود الرخصة في ذلك، ومن أصالة المنع. حجة القائل بالجواز هو ما عن الشيخ والقاضي واختاره أول الشهيدين. وفي المسالك أن موضع النزاع ما لو كان الأب والزوج بل المولى فقيهاً، وحينئذ يتجه الجواز لما سيأتي من جواز إقامة الفقيه الحدود في حال الغيبة، ودعوى الشيخ وجود الرخصة في ذلك وليس ما يحكيه إلا كما يرويه مؤيده بما دلّ على كمال سلطنة الوالد والزوج على الولد والزوجة، والسيرة المستمرة على جواز تأديبها وتعزيرهما الذي هو قسم من الحدود، وخصوص ما دلّ على تأديب الزوجة بالضرب والهجرة مع التقصير في حقوق الزوجية كتاباً وستة واجماعاً.

حجة القائل بعدم الجواز كما عن المفيد و ابني زهرة والطبرسي، وقال ابن إدريس: يقيم على عبده خاصة وغيرهم، واختاره الكركي وثاني الشهيدين بل لعله المشهور كما استظهره بعضهم، وقال في المسالك: وقد ظهر بذلك أن المنع أقوى، وفي محكي الغنية ويجوز للسيد إقامة الحد على من ملكته يمينه بغير إذن الامام عليه السلام ولا يجوز لغير السيد ذلك إلا بإذنه، كل ذلك بدليل إجماع الطائفة عليه. ومن ذلك وغيره يعلم أن المراد بالعموم ماسمعته سابقاً من الامام ومن أذن له في ذلك، فالأقوى حينئذ عدم الجواز كما في الجواهر.

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 رحمه الله: «وفي الفيل تردّد والأشبهه جواز بيعه للانتفاع بعظمه»، منشأ التردّد من عدم وقوع الزكاة عليه كباقي المسوخ بناءً على ذلك، ومن عظم الانتفاع بعظمه وحمله.

حجّة القائل بجواز بيعه هو خبر عبد الحميد بن سعيد قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن عظام الفيل يخلّ 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 بمشط 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 التمشط به وجواز استعماله والسرائر ذلك أيضاً على جواز بيع الفيل.

وفي مكاسب الشيخ الأنصاري رحمه الله قال: وبالجملّة فكون الحيوان من المسوخ والسباع والحشرات لا دليل على كونه كالنجاسة مانعاً، فالمتعتن فيما اشتمل منها على منفعة مقصودة للعقلاء جواز البيع، فكلّ ما جاز الوصية به لكونه مقصوداً بالانتفاع للعقلاء فينبغي جواز بيعه، إلا ما دلّ الدليل على المنع منه تعبّداً.

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

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

٣ - المصدر الباب ٦٩ من آداب الحمام الحديث ٤.

تعبداً لا لعدم المالك، وفي المسالك: والأقوى جواز بيعه، وفي الجواهر: أنه لا شك في جواز الانتفاع بعظم الفيل منها المسمى بالعاج.
حجة القائل بعدم جواز بيعه هو عدم وقوع التذكية عليه كباقي المسوخ بناءً على ذلك، وما عن المبسوط من الاجماع على عدم جواز بيع المسوخ واجارتها والانتفاع بها واقتنائها بحال، وحكي عن ابن الجنيد أنه اختار في أثمان مالا يؤكل لحمه من السباع والمسوخ أن لا يصرف ثمنه في مطعم أو مشرب له ولغيره من المسلمين.

فما يحرم التكتسب به

ج ١ ص ١٢ قوله رحمه الله: «وفي كلب الماشية والزرع والحائط تردّد والأشبه المنع»، ينشأ التردّد من مشاركتها لكلب الصيد في المعنى المسوخ لبيعه، ومن دليل المانع.

حجة القائل بجواز بيعها هو الاجماع المحكي عن ظاهر اجارة التذكرة، وفي الجواهر الأشبه بأصول المذهب وقواعده جواز بيعها ككلب الصيد وفاقاً لأبي علي، واجارة المبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة والسرائر وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والايضاح وشرح الارشاد والدروس واللمعة وحواشي الشهيد والمقتصر والمهذب البارع والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد وغاية المرام والمسالك والروضة وغيرهم من أعظم الأصحاب، بعد نقل الاجماع بقسميه على عدم الفرق بين الكلاب الثلاثة أو الأربعة مع الاتفاق على جواز اجارتها حتى من المصنّف رحمه الله. ولم يفرّق أحد بين البيع والاجارة لآته انتفاع في الموضوعين.

أقول: يظهر للمتتبع أن جواز البيع وعدمه منوط بالمنافع المعتد بها العقلية، وهذا هو المستفاد من كلام العلماء من القدماء والمتأخرين فراجع وتأمل والله أعلم.

حجة القائل بعدم الجواز أي جواز بيع الكلاب هو ما ورد من النصوص القائلة بأن ثمن الكلب سحت، خصوصاً صحيح ابن مسلم وعبدالرحمان عن أبي عبدالله عليه السلام «ثمن الكلب الذي لا يصيد سحت»^١، وخبر العامري «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 «أن 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 رحمه الله الأشبه المنع، وحكي المنع عن الشيخين في المقنعة والنهاية وبعض متأخري المتأخرين والله أعلم بالصواب.

في عقد البيع

ج ١ ص ١٣ قوله رحمه الله: «وهل يشترط تقديم الايجاب على القبول فيه تردّد والأشبه عدم الاشتراط»، منشأ التردّد من الشك في ترتّب الحكم مع تأخر الايجاب، ومن أصالة الجواز.

حجة القائل باشتراط تقدم الايجاب هو دعوى الشيخ في الخلاف الاجماع عليه، وفيه مناقشة في محلها، وللشك في ترتّب الحكم مع تأخره مع أنّ الأصل خلافه فإنّ القبول مبني على الايجاب فلا بدّ من تأخره. وفي الجواهر: فيه خلاف والأشهر كما قيل اشتراطه، وكون القبول اضافة فلا يصحّ تقدمها على أحد المضافين، وأنّ القبول فرع الايجاب، هذا كلامه رفع مقامه.

١ و ٢ و ٣ - الوسائل الباب ١٤ من ابواب ما يكتسب به الحديث ١٣ و ١٥ و ١٦ و ١٧.

٤ و ٥ - الوسائل باب ١٤ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٧ و ٦.

حجة القائل بعدم الاضطرار هو أصالة الجواز، وما حكي 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.

و في المسالك الأشبه عدم الاضطرار، وجه عدم من أصالة الجواز، وأنه عقد يجب الوفاء به، ولتساويهما في كونه كل منهما ينقل ملكه إلى الآخر فاذا جاز للبائع التقدم جاز للمشتري، ولأن الناقل للملك هو الرضا المدلول عليه بالالفاظ الصريحة ولا مدخل للترتيب في ذلك.

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

في شروط عقد البيع

ج ١ ص ١٦ قوله رحمه الله: «ولو ابتاع الكافر أباه المسلم هل يصح فيه تردد والأشبه الجواز»، منشأ التردد من نفي السبيل للكافر على المسلم، ومن الانعتاق الفوري الذي لا يلحقه صغار.

حجة القائل بالجواز هو انتفاء السبيل بالعتق قهراً وقال به المصنف رحمه الله ومحكي للمقنعة والنهاية وكافة المتأخرين، بل عن السرائر أنه مجمع عليه وهو الحجة بعد العموم^١ جنساً ونوعاً السالم عن معارضة الآية^٢ بعد أن كان الحكم الانعتاق قهراً، وإن قلنا باستلزامه الملك الضمني الذي هو مقارن للعتق زماناً متقدماً عليه ذاتاً. كتقدم 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 .

حينئذٍ عموم الحكم لكل من ينعق عليه قهراً من غير فرق بين الأب وغيره كما في الجواهر.

حجة القائل بعدم الجواز هو عدم الملك، كما عن المبسوط قال: إذا اشترى الكافر أباه المسلم لا ينعق عليه لأناقد يئنا أنه لا يملك، وإذا لم يملك لا ينعق عليه. وقال ابن البراج لا يصح، بل هو مقتضى المحكي عن الخلاف فيما لو قال الكافر للمسلم اعتق عبدك المسلم عن كفارتي، كما أنه أحد وجهي الشافعية.

في شروط المبيع

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

حجة القائل بجرمة بيع بيوت مكة هو دلالة الآية الشريفة باطلاقها قوله تعالى «سبحان الذي أسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى» الآية، والمفروض أنه صلى الله عليه وآله أسرى به من بيت خديجة أو من شعب أبي طالب، وقيل من دار أم هاني. ومنع الشيخ من بيع بيوت مكة واجارتها ومنع المسلمين من سكنها إذا كانت خالية محتجاً بآية الاسراء، وبه خبر عبد الله بن عمر بن العاص عن النبي صلى الله عليه وآله «مكة حرام وحرام بيع رباعها وحرام أجر بيوتها»^٣، والاجماع المحكي عن الخلاف، وهو خيرته في المحكي عن مبسوطه واللمعة، بل عن فخر المحققين نسبته إلى كثير.

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

١ - سورة الاسراء آية ١

٢ - سورة الحج آية ٢٥

٣ - سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤

٤ - البحار ج ٢ ص ٢٧٢ - بيروت.

يقتضي ذلك ، مؤيداً بيع عقيل رباع أبي طالب وجملة من الصحابة منازلهم كإضافتها إليهم في قوله تعالى «للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم»^١ الآية. وفي الجواهر بعد كلام طويل ومن هنا كان المتجه 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 تردّد»، ينشأ التردّد من اطلاق جواز بيعها فيه من غير اشتراط الموت، ومن الاقتصار 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 أمّ الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبته»^٢، يدل الصحيح باطلاقه المعتضد بعموم «تسلط الناس على أموالهم» الشامل للغرض، فيكفي حينئذ في الجواز عدم الدليل على المنع من اجماع وغيره، وفي المسالك الاقوى عدم اشتراط موته لا اطلاق النص.

حجّة القائل بالاشتراط هو ما رواه عمر بن يزيد في الصحيح قلت للصادق عليه السلام أو قال: قلت لأبي ابراهيم عليه السلام «أسألك، فقال: سل، فقلت: بم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن، قلت: وكيف ذلك؟ فقال: أيها رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤدي ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه، أخذ ولدها منها وبيعت فادى ثمنها، قلت: فيبعن فيما سوى ذلك من أبواب الدين ووجوهه؟ قال: لا»^٣، الظاهر من قوله عليه السلام «ولم يدع الموت» يعني لم يخلف من المال، وإلا كان الأنسب أن يقول ولم يكن عنده من المال أو غيره من العبارات. وذهب جماعة الى المنع وليس ببعيد، لأنّ

١ - سورة الحشر آية ٨ .

٢ و٣ - الوسائل الباب ٢٤ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١٥٢ .

مورد روايات الجواز موت المولى. ونقل عن المفيد المنع من بيعها مطلقاً ما دام ولدها حياً والله أعلم.

ج ٢ ص ١٧ قوله رحمه الله: «ولا يمنع جنابة العبد من بيعه ولا من عتقه عمداً كانت الجنابة أو خطأ على تردّد»، ينشأ التردّد من الأصل واطلاق الأدلة، ومن تعلق الحق بعينه.

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

حجة القائل بعدم الجواز هو أن حق الغير تعلق بعينه فلا يكون ملكاً طلقاً، ومن شرط المبيع أن يكون ملكاً بلا مانع، بل عن الشيخ الجزم بعدم بيع الجاني عمداً الذي يكون التخيير فيه للمجنى عليه به بين القتل والاسترقاق.

ج ٢ ص ١٧ قوله رحمه الله: «ولوباع ما يتعذر تسليمه إلا بعد مدة فيه تردّد»، منشأه من العجز عن التسليم في الحال، ومن إمكان التسليم في الجملة.

حجة 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 إذا كان غائباً عن محل المعاملة، ففي الجواهر: الأقوى الجواز وفاقاً لصريح جماعة بل لا أعرف مصرحاً بالمنع، بل ظاهر المصنف رحمه الله وغيره ممن تردّد في ذلك

الميل الى الجواز بعد التردّد لوجود المقتضي، وهو العقد الصادر من أهله في محله مع انتفاء المانع فيه، وهو تعذّر التسلم لامكانه كما هو المفروض، غاية الأمر تعذّره 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 أنّ التسليم إذا كان يستدعي مدة أو زماناً طويلاً يفوت معه المنفعة من المشتري المعتدّ بها.

أقول: الظاهر كما قال المصنّف رحمه الله الجواز مع الخيار جمعاً بين الأمرين إذا كانت المدة تفوّت بعض المنافع من المشتري وإلا فلا، قتأمل والله أعلم.

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

حجّة القائل بتقديم قول المشتري هو أصالة بقاء 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 أنني لا أعلم بذلك وأدعى البايع عليه أنك قد رأيت ورضيت به، ولا ريب في أنّ القول قول المشتري لأصالة عدم العلم به، ولإطلاق ما دلّ على ثبوت الخيار نحو ذلك كما في الجواهر، وهو الأقوى عنه الأكثر.

حجّة القائل بلزوم البيع وأنّ القول قول البايع هو أصالة لزوم البيع، وأصالة عدم التغيير، وصدق المنكر على البايع الذي يترك لوترك، ولعلّه لذا قيل: القول قول البايع مع يمينه، وهو لا يخلو من قوة كما في الجواهر، لانقطاع الأصلين السابقين بما عرفت ما هو كالوارد عليه، على أنّ اليد على الثمن كانت يد أمانة

للعقد المقتضي كون المبيع ملكاً للمشتري فعليه اثبات زيادة حقه على ذلك .
و مع قطع النظر عن ذلك كله فالمدعي عرفاً هو المشتري، بل لا يبعد ذلك
أيضاً لو اتفقا على تغييره واختلفا في تقدمه على البيع المعلوم تاريخه وتأخره، ما لم
تشهد القرائن الموجبة للعلم بأحدهما 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 جهالة المبيع
المستلزم للغرر.

حجة القائل بصحة البيع من غير اختبار هو أصالة الصحة، وقواه ابن
ادريس والأولى عنه المصنف ومن تأخر عنها، وللعومات السالمة عن معارضة
دليل الغرر المرتفع بأصل السلامة وبالسيرة القاطعة، فإن 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 يكف في غيرها من الحيوانات ونحوها،
مع أن الاطلاق على العيوب كثيراً ما يتوقف على التصرف الكثير في الزمان
الطويل، وخبر ابن العيص «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى
مايذاق، يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري»^١، فبعد
الاعماض عن سنده انما يراد منه المنع من ذوق مال الغير بغير إذنه إلا مع
الفحوى بارادة الشراء كما في الجواهر، فراجع وتأمل والله أعلم.

حجة القائل بعدم صحة البيع مع عدم الاختبار هو ما حكى عن الشيخين
«كل شيء من المطاعم والمشروب يمكن للانسان اختباره بغير افساد له
كالأدهان الطيبة المستخبرة بالشم وصنوف الطيب والحلاوات والحموضات

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

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

في أحكام العقود

ج ٢ ص ٢٧ قوله رحمه الله: «وفي دخول المفاتيح تردّد ودخولها أشبه»، منشأه من أنّها من توابع الدار، ومن خروجها عن اسم الدار. حجة القائل بدخولها في بيع الدار هو أنّها من توابع الدار وكالجزء من الاغلاق المحكوم بدخولها، وهو الأقوى كما في المسالك، ولذا قال المصنّف رحمه الله: ودخولها أشبه، أي أشبه بالقواعد الصحيحة.

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

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

ج ٢ ص ٢٩ قوله رحمه الله: «الأحجار المخلوقة في الارض والمعادن تدخل في بيع الأرض لأنها من أجزائها وفيه تردّد»، منشأ التردّد في الحجارة من كونها من أجزاء الارض لغة، ومن عدم صدق اسمها عليها عرفاً والمعادن كالحجارة أيضاً.

حجة القائل بدخولها في بيع الأرض هو العرف، لأنّ الأحجار والمعادن جزء من الأرض. وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيها مما عدا ثاني الشهيدين، وفي المسالك أنّ الأقوى دخول الحجارة دون المعادن لأن الحجارة من الأجزاء بخلاف المعادن

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

حجة القائل بعدم دخول الأحجار والمعادن في بيع الأرض هو عدم صدق الأرض على الأحجار عرفاً وأن 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: «وكذا إن نقصت قيمته بحدث فيه كان للمشتري رده وفي الأرض ترد»، من تعيبه على مالك المشتري، ومن أنه مضمون على البائع بأجمعه. حجة القائل بلزوم البيع وثبوت الأرش للتفاوت بين صحيحه ومعيبه، هو أن المبيع قبل القبض مضمون على البائع بأجمعه فكذا أجزاءه وصفاته، واختاره الشيخ في النهاية والفاضل والشهيدان، وحكي عن ابن البراج وأبي الصلاح فراجع وتأمل.

حجة القائل برّد المشتري للمبيع إذا نقصت قيمته أو قبوله مجاناً بدون أرش، قاله الشيخ لأنه 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 ولأصل براءة ذمة البائع من الأرش، على أنه إذا 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 وأن ضرر المشتري ينجبر بثبوت الخيار له والله العالم.

في بيع ما لم يقبض

ج ٢ ص ٣٢ قوله رحمه الله: «فإن قال: قبضه لي ثم قبضه لنفسك، صحّ الشراء دون القبض، لأنّه لا يجوز أن يتولّى طرفي القبض، وفيه تردّد»، منشأه من أصالة الجواز، ومن منع تولّي الواحد طرفي القبض.

حجّة القائل بالجواز هو الأصل فيتولّى طرفي القبض لأنّه وكله في الاقباض، والمغايرة الاعتبارية في القابض والمقبوض منه كافية، ومثله تولّي طرفي العقد وهو الأقوى كما في المسالك، وأنّ يعقوب بن شعيب سأل الصادق عليه السّلام في الصحيح «عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب وتمر فبعث إليه بدنائير فيقول: اشتر بهذه واستوف منه الذي لك؟ فقال: لا بأس إذا اتّمنه»^١، وفي الجواهر لا ريب أنّ الأقوى الجواز.

حجّة القائل بعدم جواز تولّي الواحد طرفي القبض، لأنّه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في قبض حقّ نفسه من نفسه، هذا ونهي بعض الروايات عن التولّي كما عن الحلبيّ سأل الإمام الصادق عليه السّلام في الصحيح «عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما حلّ طعامي عليه بعث إليّ بدراهم فقال: اشتر لنفسك طعاماً واستوقف حقه؟ فقال: أرى أن يولّي ذلك غيرك وتقوم معه حتى بعض الذي لك، ولا تتول أنت شراؤه»^٢، وسأله أيضاً عبدالرحمان البصري في المرسل «عن الرجل أسلف دراهم في طعام فحلّ الذي له فأرسل إليه بدراهم فقال: اشتر طعاماً واستوقف حقه، هل ترى به بأساً؟ قال: يكون معه غيره يوفيه ذلك»^٣، ولهذا قال المصنّف رحمه الله فيه تردّد وإن كان المشهور الجواز كما تقدم وقواه بعض الأعاظم.

١- الوسائل الباب ١٢ من ابواب السلف ذيل الحديث ١.

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

في أحكام العيوب

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

حجة القائل بثبوت التصرية في الناقة والبقرة هو المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً، إلحاقاً لهما بالمتيقّن وهي الشاة، بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه بل قيل إنّ الاجماع يلوح من السرائر والتذكرة، بل ورد في الناقة من النصوص العامة.

ولا فرق بين الابل 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.

حجة القائل بعدم ثبوت التصرية في الناقة والبقرة هو عدم النص، لأنّ المتيقّن في الشاة، وأمافيهما فلاّن طرفنا لا يشملهما، وفي المسالك في اثبات الحكم المخالف للأصل بغير نص ولا اجماع اشكال، وفي الايضاح 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 رده وفي الأرض تردّد»، منشأه من أنّ ضمان الجملة يقتضي ضمان الأجزاء والأوّل ثابت في التلف قبل القبض فيكون الثاني مثله، ومن أصالة اللزوم وبراعة البايع خرج منه التلف فيبقى الباقي، وهو خيرة الشيخ وابن ادريس، والأوّل أصحّ كما في المسالك، وقد تقدّم نظيره ص ٢٩ من ج ٢ وفيه بيان وجهي التردّد ومزيد توضيح فراجع تجد ما تطلب والله العالم.

في الربا

ج ٢ ص ٤٤ قوله رحمه الله: «ولو اختلف الجنسان جاز التماثل والتفاضل نقداً وفي النسبة تردّد والأحوط المنع»، وفي ص ٤٥ قوله رحمه الله «وفي النسبة تردّد»، منشأ التردّد في الموضوعين من ورود الأخبار الصحيحة بالجواز، ومن ورود بعضها في المنع أو الكراهة.

حجة القائل بالجواز هو الأصل والأخبار الصحيحة، منه النبوي المجمع عليه كما في السرائر قوله صلى الله عليه وآله «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»^١، ومنها صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «إذا اختلف الشيطان فلا بأس به مثلين بمثل يداً بيد»^٢، ومنها موثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: المختلف مثلان بمثل يداً بيد لا بأس»^٣، وفي موثقه الآخر «سألته عن الطعام والتمر والزبيب؟ قال: لا يصلح منها اثنان بواحد إلا أن تصرفه الى نوع آخر، فاذا صرفته فلا بأس به اثنين بواحد واكثر من ذلك»^٤، وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام «ويكره قفيزلوز بقفيزين ولكن صاع حنطة بصاعين من تمر أو بصاعين من زبيب»^٥، وسأله أيضاً في صحيحه الآخر «عن الزبيب بالسمن اثنين بواحد؟ قال: يداً بيد لا بأس»^٦. وفي الموثق عن منصور ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: سألته عن البيضة بالبيضتين؟ قال: لا بأس به، والثوب بالثوبين؟ قال: لا بأس به، والفرس

١ - المستدرک ج ٢ ص ٤٨٠ .

٢ - الوسائل الباب ١٣ من ابواب الربا الحديث ١ .

٣ - المصدر الباب الحديث ٩ .

٤ و ٥ - الوسائل الباب ١٣ من ابواب 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 إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد»^١ ومنها ما عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يداً بيد فأما نظرة فلا يصلح»^٢.

وفي الجواهر وأما في النسب فإن كان كل من العوضين من الأثمان فهو صرف لا يجوز فيه، وإن كان أحدهما منها والآخر من العروض فلا خلاف أجده في جواز التماثل والتفاضل، بل الإجماع بقسميه عليه إذ هو إما نسيئة أو سلم وكل منهما مجمع على جوازه، بل لعله من الضروريات المستغني عن الاستناد إلى إطلاق الأدلة ونحوه، وإن لم يكن كذلك بل كان عرضاً بعرض فالمشهور نقلاً وتحصيلاً بل لعله عليه عامة المتأخرين وفي المسالك الأقوى الجواز للأخبار الصحيحة على كراهة.

حجة القائل بعدم الجواز هو الحديث المشهور «إنما الربا في النسيئة»^٣ بناءً على شموله لما نحن فيه وفي بعض الروايات المتقدمة قوله «لا يصلح»، وفي بعضها «وأما النسيئة فلا يصلح»، المحتمل للحرمة وفي بعضها قولهم عليهم السلام «يبدأ بيد فلا بأس»، مفهومه أنه إذا كان نسيئة ففيه البأس.

وقال بعدم الجواز ابن أبي عقيل والجنيد والمفيد وسلاّر وابن البراج. أقول: ويمكن الجمع بين الحجتين بعد الفحص لأدلة الطرفين بالقول بالجواز على كراهة، كما هو المشهور بين الكثير من العلماء والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ٤٥ قوله رحمه الله: «فلوباع ما لا كيل فيه ولا وزن متفاضلاً جاز ولو كان

١ - الوسائل باب ١٦ من ابواب الربا حديث ٣ .

٢ - الوسائل الباب ١٣ من ابواب الربا الحديث ٢ .

٣ - كنوز الحقائق في هامش جامع الصغير ص ٧٥ طبع عبد الحميد أحمد كما في الجواهر .

معدوداً كالثوب بالشوبين وبالثياب والبيضة بالبيضتين والبيض نقداً، وفي النسبئة تردّد، والمنع أحوط».

حجّة القائل بجواز التفاضل نقداً ونسبئة هو الأصل والعمومات، ونصوص الباب مستفيضة منها الصحيح المروي في الكتب الثلاث عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السّلام «قال: لا بأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن كيلاً أو وزناً»^١، ومنها الخبر المنجبر مثله^٢، ومنها موثّق منصور بن حازم سأل الصادق عليه السّلام «عن البيضة بالبيضتين؟ قال: لا بأس، والثوب بالشوبين؟ قال: لا بأس، والفرس بالفرسين؟ قال: لا بأس؟ ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد فاذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس اثنان بواحد»^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 زرارة قال: سمعت أبا عبدالله عليه السّلام يقول «لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن»^٦، وصحيح زرارة عن الباقر عليه السّلام «البعير بالبعيرين والدابة بالدابتين يداً بيد ليس به بأس»^٧ وسأل البصريّ أبا عبدالله عليه السّلام «عن بيع الغزل بالثياب المنسوجة والغزل أكثر وزناً من الثياب؟ فقال: لا بأس»^٨، وسأله أيضاً «عن العبد بالعبيدين والعبد بالعبد والدرهم؟ قال: لا بأس بالحيوان كلّه يداً بيد

١- الوسائل الباب ١٧ من ابواب الربا حديث ٣ .

٢ و٣- المصدر باب ١٦ من ابواب الربا حديث ٢ و٣ .

٤- المصدر الباب حديث ١ .

٥- المصدر باب ١٧ من ابواب الربا حديث ٢ .

٦- الوسائل الباب ٦ من ابواب الربا حديث ٣ .

٧- المصدر الباب ١٧ من ابواب الربا حديث ١ .

٨- المصدر الباب ١٩ من ابواب الربا حديث ١ .

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

حجة القائل بعدم الجواز هو أنّ حكم المعدود حكم المكيل والموزون كما عن المقنعة وأبي علي وسلاّر، فلا يجوز التفاضل في المتجانسين مطلقاً نقداً ونسيئةً. حجتهم بعد اطلاق حرمة الربا صحيح محمد بن مسلم «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع، والبعير بالبعيرين، والدابة بالدابتين؟ فقال: كره ذلك علي عليه السلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان»^٢، وصحيح ابن مسكان المروي في الفقيه مرسلأً مقطوعاً «قال: سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يقول: عاوضني بفرسي وفرسك وازيدك؟ قال: لا يصلح، ولكن يقول: أعطني فرسك بكذا واعطيك فرسي 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 او نسيئةً على كراهة والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ٤٦ قوله رحمه الله: «وفي بيع الرطب بالتمر تردّد والأظهر اختصاصه بالمنع اعتماداً على أشهر الروايتين»، منشأ التردّد من أصل الجواز، ومن تصريح بعض الأخبار.

حجة القائل بجواز البيع هو الأصل، واطلاق حلية البيع بقوله تعالى «أحلّ

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 العنب 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 التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل؟ قال: لا بأس، قلت: فالبخنج والعنب مثلاً بمثل؟ قال: لا بأس»^٣.

وحكي عن الاستبصار وفي موضع من المسوط وابن ادريس الجواز على كراهة وتبعها بعض متأخري المتأخرين.

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 أنّ التمر يابس والرطب رطب فاذا يبس نقص»^٥.

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

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

١ - البقرة الآية ٢٧٥ .

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

٤ - المستدرک ج ٢ ص ٤٨٠ .

٥ - الوسائل الباب ١٤ من ابواب الربا الحديث ١ .

٦ - المصدر الباب الحديث ٢ .

الكيل تردّد، والأحوط تعديلها بالوزن»، منشأ التردّد من أنّ الكيل أصل للحنطة، ومن أنّ الوزن أضبط وأنه أصل للكيل.

حجة القائل بعدم جواز بيع أحدهما بالآخر هو ما ذكره صاحب الجواهر: وكيف كان فالظاهر عدم الخلاف في مفروض المسألة في مثالها في عدم جواز البيع بالكيل، لأنّ الوزن أضبط لرفع الجهالة وأنه أصل للكيل، ولهذا المقدر بالوزن لا يباع كيلاً لعدم ارتفاع جهالته به، ومن ناحية الشك في صدق المثيل مع تفاوت الوزن، وأنّ من أفراد هذه القاعدة ما لا يمكن فيه القول بالكيل كالحنطة بالخبز والسّمسم بالشيرج، فالأحوط تعديلها بالوزن الذي هو الأصل، خروجاً عن خلاف المبسوط وابن البرّاج حيث قالوا في مفروض المسألة لا يباع إلا وزناً وإن مثلاه بالحنطة والخبز.

حجة القائل بجواز بيع أحدهما بالآخر كيلاً مع التساوي فيه وإن تفاوت في الوزن هو أنّ الكيل أصل للحنطة فيستصحب في فروعه كالدقيق والخبز وغيرهما. وفي المختلف إنّ الحنطة من المكيلات وكذا الدقيق، لأن أصله من الحنطة وهي مكيلة فلا يباع أحدهما بالآخر إلا بالكيل، ولا يباع بالوزن وإلجاء الربا، لا يقال إذا بيع بالكيل حصل الربا أيضاً لأنّ الحنطة أثقل من الدقيق فيحصل التفاوت في الوزن وهو عين الربا، لأنّ نقول لا اعتبار بالتفاوت في الميزان في الكيل.

وإضافة إلى ذلك هو اطلاق النصوص الصحيحة، منها صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام «قال: الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثل بمثل لا بأس به»^١، ومنها صحيح محمد بن مسلم عنه عليه السّلام «قال: الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل والسويق بالسويق مثلاً بمثل والشعير بالحنطة مثلاً بمثل، لا بأس به»^٢، ومنها عن صفوان عن رجل من أصحابه عن أبي عبد الله

عليه السّلام «قال: الخنطة والدقيق لأبس به رأساً برأس»^١، ومنها ما عن أبي بصير «قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الخنطة بالدقيق؟ فقال: إذا كانا سواء فلا بأس، وإلا فلا»^٢.

و احتمال في جامع المقاصد الجواز مطلقاً لاندفاع الغرر والجهالة، واعتبار الشارع له بالكيل مثلاً لا يقضي بعدم حصول العام بدونه، مضافاً الى أصالة صحة البيع. انتهى كلامه رفع مقامه.

و في الجواهر 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 المطوّلة والله أعلم.

في الصرف

ج ٢ ص ٤٩ قوله رحمه الله: «وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً وفيما بعد التفرق تردّد»، ينشأ التردّد من تحقّق التقابض في العوضين قبل التفرق، ومن أنّ الابدال يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق.

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

١- الوسائل الباب ٩ من ابواب الربا الحديث ٥.

٢- الوسائل الباب ٩ من ابواب الربا الحديث ٦.

وعن أبي علي أنه يجوز الإبدال ما لم يتجاوز يومين. كما في الجواهر، وقال بعد كلام له: وهذا ظهر أن الأول كان عوضاً في المعاوضة وقد قبضه قبل التفرق، فتحقق شرط الصحة فلا يلزم بطلانها بالفسخ الطارئ على العوض المقتضي لعوده إلى الذمة، وكون البديل عوضاً لا يقتضي نفي عوضية غيره، فلا يقتضي التفرق قبل قبضه العوض في المعاوضة. ثم قال: فقد ظهر أن الأقوى جواز الإبدال، كما أن الأقوى عدم اعتبار التقابض في مجلس الرد، وفاقاً للشهيد في الحواشي والمسالك والمحقق الثاني في جامعهم، 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.

حجة القائل بعدم جواز الرد هو أن الإبدال يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق، وأن المبيع حقيقة إنما هو البديل وقد حصل التفرق قبل قبضه، فيكون الصرف باطلاً فلا يجوز له أخذ البديل. وفي الدروس لا يجوز على الأقرب، وهي ظاهر اللمة أيضاً.

و أما ما تقدم عن أبي علي ففي خبر إسحق عن الكاظم عليه السلام «قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يبيعني الورق بالدنانير واتزن منه فأزن له حتى أفرغ فلم يكن بيني وبينه عمل إلا أن في ورقه نفاية وزيوفاً وما لا يجوز، فيقول انتقدها ورد نفايتها؟ فقال: ليس به بأس ولكن لا يؤخر ذلك أكثر من يوم أو يومين فانما هو الصرف، قلت: فإن وجدت في ورقه فضلاً مقدار ما فيها من النفاية؟ قال: هذا احتياط هذا أحب إليّ»^١، وعن الايضاح أن جواز الإبدال يستلزم عدمه، لأن رده هو رفع تعيين المبيع فيه وهو يستلزم انتفاء كون المرود

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 تردّد والمروي الجواز»، منشأ التردّد من الغرر المنهي عنه، ومن الرواية المجوّزه.

حجة القائل بعدم الجواز هو المشهور نقلاً وتحصيلاً للانعدام، فضلاً عن الغرر والجهالة، وللاجتماع في السرائر 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 وفتاواهم»، ولمفهوم خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال «لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم، وإن شئت أن تبتاعه سنتين أو سنين»^١، وخبر أبي الربيع «قال: أبو عبد الله عليه السلام: كان أبو جعفر عليه السلام يقول: إذا بيع الحائط فيه النخل والشجر سنة واحدة، فلا يباعن حتى تبلغ ثمرته، وإذا بيع سنتين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة أو الخضر»^٢، وإطلاق موثق سماعة «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الثمرة قبل أن تدرك؟ فقال: إذا كان له في تلك الأرض له غلة قد أدركت فبيع ذلك كله حلال»^٣، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة وإن شئت أكثر، وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر»^٤، وغيرها من النصوص التي لم نذكرها، ومنها

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

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

النصوص التي علّقت الجواز على الاطعام والبلوغ والادراك وبدوالصلاح وغيرها من أخبار الباب فراجع وتأمل.

حجة القائل بالجواز هو الصحاح من الأخبار المعلّل 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 السنتين والثلاث، كان يقول: إن لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الاخرى. قال يعقوب: وسألته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن يطلع سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً؟ قال: لا بأس انما 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 الحلبي^٤، وصحيح ربعي^٥، وصحيح علي بن جعفر^٦ وغيرها من الأخبار.

و ظاهر التذكرة الجواز وإن احتمل المنع قوياً فيها، ومن هنا مال جماعة من متأخري المتأخرين الى الجواز، بل هو ظاهر الشهيد الثاني وفي جامع المقاصد أنه لا يخلو من قوة، وفي الجواهر لكن الانصاف بعد ذلك كله أن الجواز لا يخلو من قوة وإن كان الأحوط خلافه، ومال اليه المصتف وقواه في المسالك.

أقول: الجواز قوي و الاحتياط سبيل النجاة والله أعلم بالصواب.

ج ٢ ص ٥٢ قوله رحمه الله: «ولو أدركت ثمرة بستان لم يجزيع ثمرة البستان الآخر ولو ضم اليه، وفيه تردّد»، منشأ التردّد من أصالة الصحة، ومن جهالة البعض الآخر. حجة القائل بالجواز هو الأصل وعموم آية «أحلّ الله البيع»، وبعض الروايات الدالة على الجواز وصحة البيع مع الضميمة، والضميمة شيء يصلح

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

ومن الروايات خبر اسماعيل بن الفضل «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن بيع الثمرة قبل أن تدرك؟ فقال: إذا 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 بداصلاحه لحصول الشرط أو غيره أيضاً لضمه اليه، وقد عرفت عدم الاشكال والخلاف في جواز بيع الثمرة الظاهرة مع الضميمة، فيندرج حينئذٍ مفروض المسألة فيها، خصوصاً بعد ما عرفت من عدم اعتبار المتبوعية في هذه الضميمة وأنها ليست كضميمة المجهول وإن نوقش في مثل هذا.

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

و في النذكرة: يجوز عندنا بيع الثمار بعد بدو صلاحها مع ما يحدث بعدها في تلك السنة أو سنة اخرى وبه قال مالك، وفي الدروس: ويجوز اشتراط المتجددة من الثمرة 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 المسلمات، لأنه قال: ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطعة ولقطات، كما يجوز بيع الثمرة 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 الضميمة الى المعدوم، سواء كانت متجددة من جنس الخارجة أم غيره. وقال بالجواز كثير من العلماء سدّد الله خطاهم والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الجواز هو أنّ لكل بستان حكم نفسه لتعددّه، ورواية عمّار عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام «سئل عن الفاكهة متى يحل بيعها؟ قال: إذا كانت فاكهة كثيرة في موضع واحد فاطعم بعضها فقد حلّ بيع الفاكهة كلها، فاذا 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.

و في محكي الخلاف والمبسوط بل عن الخلاف الاجماع على عدم الجواز، ومقتضاه حينئذٍ عدم تناول الضميمة لمثل ذلك، وعدم تناول نصوص الصحة المتقدمة آنفاً له أيضاً فيبقى مندرجاً 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 رحمه الله: «وتملك المرأة كل واحد عدا الآباء وإن علوا والأولاد وإن نزلوا نسباً، وفي الرضاع تردّد، والمنع أشهر»، منشأ التردّد من أنّ الرضاع لحمة كلحمة النسب، ومن النصوص الدالة على الجواز.

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

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

الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير وأبي العباس وعبيد الذي رواه الصدوق بأسانيد متعددة «.. ولا يملك - أي الرجل - اقه من الرضاع ولا ابنته ولا عمته ولا خالته فانهن اذا ملكن عتقن، وقال: ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع مثل ذلك، وقال: يملك الذكور ما خلا والداً أو ولداً، ولا يملك من النساء ذات رحم محرم، 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 الحلبي وابن سنان «في امرأة أرضعت ابن جاريتها، فقال عليه السلام: تعتقه»^٣، وفي صحيح عبيد «ولا يملك اقه من الرضاعة»^٤، وسأله ابن سنان أيضاً «عن امرأة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتى تفضمه 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، فذهبت اكتبه فقال أبو عبد الله عليه السلام: ليس مثل هذا يكتب»^٥ الى غير ذلك من الأخبار الدالة على المنع في الرجل والقربة 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»، وقوله «الرضاع لحمه كلحمه النسب».

حجة 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 واخاه فلكه فهو حر، إلا ما كان من

١ - الوسائل الباب ٤ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١ .

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

٤ - الوسائل الباب ٧ من ابواب العتق الحديث ٧ .

٥ - 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 عيينة «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: غلام بيني وبينه رضاع يحل لي بيعه؟ قال: إنما هو مملوك إن شئت بعته وإن شئت امسكته»^٣.

وفي المنفعة لا يصح استرقاق المرأة أبوها ولا أولادها ولا أخاها ولا عمها ولا خالها من جهة النسب وتملكهم من جهة الرضاع.

ج ٢ ص ٥٧ قوله رحمه الله: «اذا حدث في الحيوان عيب بعد العقد وقبل القبض كان المشتري بالخيار بين رده وامساكه وفي الأرش تردّد»، منشأ التردّد وتوجيهه ودليل الحجة تقدم في تردّد ص ٢٩ ج ٢، وجهه والترجيح فيه من أنه من مال البايع قيل القبض وقال في المسالك فيه: والأقوى ثبوت الأرش.

ج ٢ ص ٥٧ قوله رحمه الله: «وهل يلزم البايع أرشه فيه تردّد والظاهر لا»، منشأ هنا من المصنّف كسابقه وحجته واحدة، إلا أنّ في المسالك قال: الأجود الأرش، فراجع تردّد ص ٢٩ ج ٢ يكفيك دليلاً على المدعى في الموضوع، لأن فيه كفاية والجميع من باب واحد تقريباً فتأمل فيه.

ج ٢ ص ٥٧ قوله رحمه الله: «ولو قال له الريح لنا ولا خسران عليك فيه تردّد والمروي الجواز»، منشأ التردّد من عموم «المؤمنين عند شروطهم»، ومن كونه مخالفاً لمقتضى الشركة.

حجّة القائل بالجواز هو أنها «تجارة عن تراض»^٤، وصحيح رفاة «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك آخر في جارية له وقال: إن ربنا فيها فلك نصف الريح، وإن كان وضيفة فليس عليك شيء؟ فقال: لا أرى

١ و 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 رحت فلك نصفه وإن وضعت فليس عليك شيء؟ فقال: لا بأس بذلك إذا كانت الجارية للقائل)»^٢، والى ذلك أشار المصنف بقوله: والمروى الجواز وظاهره الميل إليه، بل إليه ذهب جماعة كالشيخ والفاضل في المختلف والشهيد في الدروس.

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

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

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

في شرائط بيع السلف

ج ٢ ص ٦٢ قوله رحمه الله: «وإذا كان الشيء مما لا ينضبط بالوصف لم يصح السلم فيه كاللحم نيّ ومشويّه والخبز، وفي الجلود تردّد وقيل يجوز مع المشاهدة»، ينشأ التردّد من عدم ضبطها، ومن مشاهدتها.

حجة القائل بعدم الجواز سلماً إذا كان الشيء مما لا ينضبط وصفه هو المشهور وبعض الأخبار الناهية، إذ لم يجز فرضه مضموناً بمثله ولا يضبطه

١ و ٢ - الوسائل الباب ١٤ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١، ٢.

الوصف. وفي خبر جابر «سألت الباقر عليه السلام عن السلف في اللحم؟ فقال: لا تقربته فإنه يعطيك مرة السمين ومرة التاوي ومرة المهزول، واشتر معاينة يداً بيد، قال: وسألت عن السلف في روايا الماء؟ فقال: لا تقربها فإنه يعطيك مرة ناقصة ومرة كاملة»^١، ومن عدم امكان ضبطها ومعرفتها على وجه ترتفع جهالتها، ولا يؤدي الى عزة الوجود الا بالمشاهدة التي يخرج معها عن السلم لشدة اختلاف قيمتها معها، ومن هنا كان المشهور نقلاً وتحصيلاً المنع، وفي المسالك: والأجود المنع مطلقاً للاختلاف وعدم الانضباط.

حجة القائل بالجواز مع المشاهدة التي تدفع محذور الجهالة، هو قول الشيخ الطوسي رحمه الله والقاضي فيما حكى عنها لارتفاع الجهالة بالمشاهدة، وردّه المصنّف رحمه الله بأنه بالمشاهدة يخرج عن وضع السلم، وأجابه صاحب المسالك موجّهاً كلام الشيخ بأنه انما يخرج مع تعيين المبيع، وكلام الشيخ أعم منه فيمكن حمل كلام الشيخ على مشاهدة جملة كثيرة يكون السلم فيه داخلاً في ضمنها، وهذا القدر لا يخرج عن السلم كما لو شرط الثمرة من بلد معين أو الغلة من قرية معينة لا تحبس عادة، هذا توجيه المسالك وإن استجود المنع للاختلاف وعدم الانضباط.

وفي الجواهر أن الأجود الجواز بناءً على ما ذكره في المسالك، إذ جعل السلم فيه كلياً معلوماً مضموناً في الذمة ثم اشترط الأداء من المشاهد، بل قيل إن ظاهر الخبرين يقتضي الصحة مطلقاً، أحدهما «اني رجل قصاب أبيع المسوك قبل أن أذبح الغنم؟ فقال عليه السلام: ليس به بأس، ولكن انسبها الى غنم أرض كذا وكذا»^٢، وفي الآخر «رجل يشتري الجلود من القصاب فيعطيه كل يوم شيئاً

١ - الوسائل الباب ٢ من ابواب السلف الحديث ١ .

٢ - المصدر الباب ٥ من ابواب السلف الحديث ٤ .

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

وقد يقال بالصحة أيضاً لو فرض إمكان المعلوماتية بمشاهدة النموذج يرفع الجهالة ولا يؤدي الى 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 تردّد»، منشأ التردد من أنه موصوف والمقصود بالبيع خال من هذه الموانع، ومن الجهالة في الموضعين.

حجة القائل بجواز الاسلاف في جارية حامل وفي جوز القز الموصوفان بما يرتفع معه الغرر والجهالة للمبيع. وفي الجواهر: الأجود 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 واليبس واللون والبلد. وفي المسالك: المشهور الأجود الأول، لإمكان وصف الأول بالصفات الاعتبارية في المسلم من غير أداء الى العسر واعتفار الجهالة في الحمل لانه تابع. وقال في القز: والأصح الجواز لأن المقصود بالبيع خال من هذه الموانع والدود ليس بمقصود وهو في حكم المنور الذي لافائدة فيه.

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

١- الوسائل الباب ٣ من ابواب السلف الحديث ٧ .

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

حجة القائل بالصحة هو أن الدين بمنزلة المقبوض في المجلس لأنه في ذمة المسلم اليه، وقال به المصنف رحمه الله على كراهة، وفي المسالك والأقوى الصحة في الجميع، الظاهر من كلامه أن بعض الثمن في الذمة أو كله، وفي التنقيح الرائع ولو كان الثمن ديناً على البائع صح على الأشبه لكنه مكروه.

حجة القائل بعدم الصحة هو أن بيع السلف شرطه التقابض في المجلس، والدين الذي في الذمة ليس تبويض في المجلس، لهذا تردد به المصنف ومنعه ابن ادريس محتجاً بأنه بيع دين بدين، وقال بالبطلان غيره من علمائنا سدد الله خطاهم.

في دين المملوك

ج ٢ ص ٧٠ قوله رحمه الله: «وكذا لو أذن 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.

حجة القائل بعدم وقوع الشراء للعبد لأنه لا يملك ما اشتراه فإذا بطل الشراء لنفسه فهل يقع صحيحاً لسيد أم لا؟ يحتمل الأول لأنه أذن له في الشراء، وأنه لنفسه أي لنفس العبد، فإذا بطل لنفسه يبقى الأذن في الجملة بالشراء فيكون لسيد. وقيل: لا يقع للسيد أيضاً لأن الأذن في الشراء لنفسه وقع فاسداً، فلا يترتب عليه صحة البيع، لأن الأذن تعلق بأمر واحد وهو الابتياح لنفسه، فحيث لم يصح كان الابتياح باطلاً لأنه غير مأذون فيه، وهذا القول هو الذي قواه في المسالك.

حجة القائل بوقوع البيع وأنه يملك فيما إذا أذن له في ابتياع أمة كان للعبد وطبها بهذا الاذن، لأنها إذا كانت مملوكة للعبد كان جميع التصرفات له حلالاً من جملتها الوطي. وفي التذكرة أنّ العبد لا يملك فحينئذ يملكه المولى الاستحالة ملك لا مالك له، ولكن للعبد استباحة التصرف والوطي لو كان أمة لا من حيث الملك بل لاستلزامه الآذن. وفي المسالك جعل منشأ التردد كون العبد يملك وطى الأمة المبتاعة وهذا يحتمل أمرين... معترفاً بوضوح فسادها معاً، وفي العبارة تشويش فراجع وتأمل فيه والله أعلم.

كتاب الرهن

في شرائط الرهن

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

حجّة القائل بعدم صحة الرهن للمدبّر هو أنه إبطال لتدبيره كما هو رأي المصنّف رحمه الله وغيره من المتأخرين، وفي المسالك نسبته للأكثر وأن رقبته إبطال لتدبيره كبيعته وهبته ونحوهما في العقود التي يكون الغرض منها تملك من انتقل إليه، أو استيفاء الدين من قيمته إذ لا يتم ذلك إلا بالرجوع في التدبير، الذي هو من العقود الجائزة كغيره من الوصية، فيكون حينئذٍ قصد شيء منها كافياً في الرجوع للمتنافي بينه وبين القصد السابق كالتدبير.

حجّة القائل بصحة الرهن للمدبّر هو أن الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن ويجوز فكّه، فلا يتحقق التنافي بين الرهن والتدبير كما حكي عن الشيخ، وفي التذكرة يصح رهن المدبّر عند علمائنا، وفي المبسوط والخلاف يصح الرهن ويبطل التدبير، ثم قوّى صحتهما فإن بيع بطل التدبير وإلا فهو بحاله، وتبعه ابن ادريس وهو حسن. وقيل إذا كان قصد المولى رهنه باقياً على صفة التدبير فيصحان معاً، أي الرهن والتدبير. وفي المسألة أقوال أخر فيها تفصيل فراجعها في محلها كما تعرض لها صاحب الجواهر، والمشهور القوي أن الرهن إبطال للتدبير لأنه كالرجوع عنه، كما قوّاه الشهيد الثاني في شرح اللمعة والله أعلم بالصواب.

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

وفي العمد تردّد والأشبه الجواز»، ينشأ التردّد 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 بيعه وقد تقدم، وفي الجواهر الأشبه بأصول المذهب الجواز فيها أي في الخطأ والعمد، لحصول المقتضي الذي هو استجماع شرائط الرهن حال الرهانة وعدم المانع، إذ لا يثبت مانعية حق الجناية عن البيع ونحوه فضلاً عن الرهانة. واحتمال القصاص والاسترقاق للكل والبعض غير قادح، كما إذا جنى وهو رهن إذ لا يعتبر في الاستيثاق 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 الوثوق التام.

وفي المسوط: إذا كانت الجناية عمداً فقد وجب عليه القصاص، وإن كانت خطأ فليسيده أن يسلمه إلى من جنى عليهم، فإنها تتعلق برقبة العبد والسيد بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه ليبيع في الجناية، فأيهما فعل فالرهن على البطلان لأنه وقع باطلاً في الأصل فلا يصح حتى يستأنف. وفي الخلاف إذا جنى العبد جناية ثم رهنه بطل الرهن سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ، دليلنا على بطلانه انه إذا كان عمداً فقد استحق المجنى عليه العبد، وإن كان خطأً تعلق الأرش برقبته فلا يصح رهنه.

في المرتن

ج ٢ ص ٧٩ قوله رحمه الله: «وإذا شرط المرتن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره، أو وضع الرهن في يد عدل معين لزم، وإن لم يكن للراهن فسخ الوكالة على تردّد»، ينشأ التردّد من أن الوكالة من العقود الجائزة التي من شأنها تسلط كل منهما على الفسخ واشتراطها لا

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

حجة 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 مشعراً بعدم الخلاف بيننا، وفي الجواهر لعله كذلك فاني لم أجده إلا
 من الشهيد في اللمعة، وقال به المصنّف: إلا أنه تردّد فيه. وفي الجواهر أيضاً: إنّ
 الوكالة وإن كانت من العقود الجائزة بالذات لكن لا بأس بلزومها 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 تردّد والوجه الجواز»، نفس الصفحة قوله رحمه الله: «وكذا المرتهن وفي عتقه مع
 اجازة الراهن تردّد والوجه المنع»، منشأ التردّد من كون العتق ايقاعاً فلا يكون موقوفاً
 لا اعتبار التنجيز فيه، ومن أنّ المانع حق المرتهن وقد زال باجازته، ووجه التردّد
 الثاني قريب مما سبق.

١ - الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ .

٢ - سورة المائدة آية ١ .

حجة القائل بالجواز هو: أنّ المعتق المالك وتعلق حق المرتهن مانع، فتمت زال باجازه أو فك عمل المقتضي عمله، كما هو واضح في الفك الذي لا ريب في أنّ الاجازة أولى منه بالصحة كما في الجواهر، وفي المسالك من أنّ المانع حق المرتهن وقد زال باجازه وهو أقوى، وكذلك التردد الثاني من أنّ المأذون والمأمور بعق عبده من غيره يصح عتقه وينتقل إلى ملك الأمر والمأذون له قبل ايقاع الصيغة آنأ ما، والتزام مثله في الاذن اللاحقة على معنى حصول الكشف بها عن دخوله في ملكه آنأ ما قبل العتق، كما لو وهبه من نفسه فضولاً ثم اعتقه فأجاز المالك الهبة، فانه ينكشف حينئذ وقوع العتق في الملك.

حجة القائل بعدم الجواز في المقامين، أما الأول فلأنّ العتق ايقاع ولا يصح فضولاً لأنه يعتبر فيه التنجيز، ولا يقع معلقاً على الاجازة المتعقبة لاعتبارنية القربة فيه. وأما الثاني فلأنّ المرتهن غير مالك ولا عتق إلا في ملك فيكون كالفضولي لا يصح عتقه، فهو باطل قطعاً ما لم يسبق الاذن في العتق، ولهذا استوجه المصنّف المنع كما في القواعد، ومحكي السرائر والدروس وغاية المراد والتنقيح وشرح الارشاد والروضة والمسالك، بل قيل إن كثيراً من الأصحاب لم يتوقف في الحكم لأن المرتهن غير مالك ولا عتق إلا في ملك، وهو الأقوى والله أعلم.

ج ٢ ص ٨٣ قوله رحمه الله: «وكذا إن رهن الأرض لم يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل ولو قال بحقوقها وحمل فيه وفيه تردد»، ينشأ التردد من توهم كون الشجر من حقوقها، ومن ظهور عدمه إذ لا يعد من حقوقها لغة ولا عرفاً.

حجة 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 لغة ولا عرفاً. وفي المسالك: الأصح عدم الدخول.

حجة القائل بدخول الزرع والشجر اذا قال بحقوقها، هو رأي المصنّف وفيما عن الشيخ حيث قال في المبسوط: فان قال بحقوقها دخل البناء والشجر فيه.

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

ج ٢ ص ٨٤ قوله رحمه الله: «ولورهن من مسلم خيراً لم يصح فلو انقلب في يده خلاً، فهو له على تردّد»، وجه التردّد من استيلاء يد المرتهن عليها أي الخمرة فصارت خلاً فهي ملكه، ومن أنّ يد الراهن لم تنزل على الرهن في الجملة فهي له.

حجّة القائل بأنها للمرتهن هو أنه بعد فساد الرهانة للخمرة بقيت بلا مالك، فحين انقلابها أصبحت تملك فيملكها المرتهن كسائر المباحات، لاستيلاء يده عليها مع النية أو بدونها على القولين، خصوصاً إذا كانت الخمرة غير محترمة يعني غير متخذة للتخليل، ولهذا لو غصبها غاصب فتخلّلت في يده كانت ملكاً له دون المنصوب منه، بل اطلق في القواعد والمحكي عن المبسوط والايضاح ملكية الغاصب للخمرة المتخلّلة في يده. وفي المسالك إذا كانت غير محترمة فالأقوى أنها للمرتهن.

حجّة القائل بأنها للراهن هو أنه أولى بها من المرتهن لسبق يده ولا تعارضه يد المرتهن، خصوصاً بعد المناقشة بأنّ مثل هذا كسائر المباحات. وفساد الرهانة لا ينافي كون اليد للأول، سيّما إذا كانت الخمرة محترمة أي إنها متخذة للتخليل، ولهذا قال المصنّف «وفيه تردّد»، بل في جامع المقاصد والمسالك أنّ الأقوى كونها للأول أي للراهن إذا كانت محترمة.

و في الجواهر: ولعلّ الأقوى صيرورتها ملكاً للأول على كل حال بالتخلّل، أي سواء كانت محترمة أو غير محترمة، للأولية التي مبناهها حصول المانع للسبب في بعض الأزمنة، فيبقى الباقي على مقتضى عمله فيه نحو ما سمعته في القصر المرهون المنقلب خيراً 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 فاذا زال عمل المقتضي مقتضاه.

ومن هنا لم يشترط في ملكية الاول حصول يده عليه، لأن الملك له هو السبب الاول لا يده، وحينئذٍ فلا فرق بين المحترمة وغيرها، وبين المأخوذة 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: «وكذا لو أقر بعين ذُفَعَت الي المقر له، وفيه تردّد»،
ينشأ التردّد من أن العين التي أقر بها ليست من ماله فتدفع للمقر له، ومن أن
حق الغرماء يتعلق بأعيان الأموال وهي منها.

حجّة القائل بنفوذ الاقرار بالعين فتدفع الي من أقر له بها، هو أنها بالاقرار
تكون ليست من مال المفلس ليشملها الحجر على ماله. وفي الجواهر بناءً على نفوذ
اقراره يتجه دفعها الي المقر له مع التصديق، وإلا خرجت عن ملك المقر فلا
يتعلق بها حجر ولم يكن للغرماء تعلق بها، واختار العلامة في الارشاد والشهيد
وجماعة نفوذ الاقرار بالدين أو العين، وهو خيرة التذكرة وقال بثبوتها في العين دون
الدين ابن ادريس، وهو اختيار المصنّف رحمه الله وإن تردّد فيه بعد ذلك .

حجّة القائل بعدم نفوذ الاقرار بها، هو أنه اقرار مناف لحق الغير كالرهن
وغيره، كما أنه خيرة المحكي عن المسوط والتحرير عدمه في النفوذ فيها أي في الدين
والعين المقر بها، فيشارك الغرماء لأنّ الاقرار يعارض حق الغير، بل هو مندرج
في الحجر عليه في المال، وفي محكي التذكرة أنها تقسم أي العين على الغرماء،
ولعله لعدم صحة الاقرار مع ردّ المقر له وعدم تصديقه.

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 متصلاً كالسمن أو الطول، فزادت لذلك قيمته قيل له أخذه لأن هذا النماء يتبع الأصل وفيه تردد»، وجه التردد من أن الزيادة صفة محضة فلا تعدّ مالاً، ومن أن الزيادة ملكاً للمفلس لأنها نماء ماله.

حجة القائل بأن النماء المتصل يتبع الأصل أي للسبايع عند إفلاس المشتري، هو أن هذه الزيادة محض صفة وليست من فعل المفلس فلا تعدّ مالاً له، ولأنه يصدق على البائع انه وجد عين ماله فيرجع به، وهذا هو قول الشيخ الطوسي رحمه الله وجماعة منهم العلامة.

حجة القائل بعدم تابعة النماء للأصل وأن النماء للمشتري المفلس، هو أن الزيادة ملكاً للمفلس وإن لم تكن بفعله لأنها نماء ملكه، وأن الرجوع في العين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات مال المفلس. ولانسلم أنها بقيت عين ماله بل هي مع شيء آخر، فان رجع البائع في العين يكون شريكاً للمفلس بمقدار الزيادة. ومن هنا كان خيرة جماعة منهم الفاضل في المختلف وابن الجنييد والمحقق الثاني من أن الزيادة للمفلس لكنها لا تمنع من رجوع البائع لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين فاذا رجع كان شريكاً 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 تردّد»، منشأ التردّد هو الخلاف بين العلماء في اعتبارها وعدمه.

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 للنهي عن ايتاء السفهاء المال.

وقال الشيخ في مبسوطه: و ايناس 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 شيخاً.

حجّة القائل بعدم اعتبار العدالة و كفاية الرشد هو ما في الجواهر بلاخلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه بل الكتاب والستة دالة عليه أيضاً، والمرجع فيه العرف كما في غيره من الألفاظ التي لا حقيقة شرعية لها ولا لغوية مخالفة للعرف.

وعن مجمع البحرين عن الصادق عليه السلام في تفسير الآية الشريفة وهي قوله تعالى «فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم»، انه حفظ المال^١، ولعلّ

مرجع الجميع إلى شيء واحد وهو ما صدق عليه عرفاً أنه رشيد بالنسبة إلى المال، والمشهور نقلاً وتحصيلاً بل في المسالك ومحكي التذكرة نسبتة إلى أكثر أهل العلم العدم، أي عدم اعتبار العدالة إذ لا ريب في صدق العرف بدونها. وعن مجمع البيان أن الرشده هو العقل وإصلاح المال، وهو المروي عن الباقر 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 السفیه بظهور سفهه فيه تردّد والوجه أنه لا يثبت»، وجه التردّد الخلاف في ثبوت الحجر وارتفاعه أنه بحكم الحاكم أم لا في الموضعين.

حجة القائل بثبوت الحجر بظهور السفه وعدم توقفه على حكم الحاكم، هو أن المقتضي للحجر هو السفه فيجب تحققه وإذا ارتفع زال المقتضى فيجب أن يزول، ولظاهر الآية الشريفة قوله تعالى «فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم»^٢، حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشده فلو توقف معه على أمر آخر لم يكن الشرط صحيحاً، ومفهوم الشرط عند المحققين والمفهوم هنا أنه مع عدم إيناس الرشده لا يدفع إليهم، فدلّ على أن وجود السفه وزواله كافيان في اثبات الحجر ورفعها، لأنّ السفه والرشده متقابلان، ولظاهر قوله تعالى «فإن كان

١- الوسائل الباب ٤٥ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٦.

٢- سورة النساء الآية ٦.

الذي عليه الحق سفيهاً»^١ الآية، أثبت عليه الولاية بمجرد السفه فتوقفها على أمر آخر يحتاج الى 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، وفاقاً لجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية والمفاتيح، بل هو خيرة اللمعة ثبوتاً لا زوالاً، أقول: القول بعدم توقفه على حكم الحاكم لا يخلو من قوة والله أعلم .

حجة القائل بتوقف الحجر و زواله على حكم الحاكم، هو أنّ الحجر حكم شرعي لا يثبت ولا يزول إلا بدليل شرعي . وأنّ السفه أمر حقي والأنظار فيه تختلف فناسب كونه منوطاً بنظر الحاكم، وهو الذي اختاره المصنّف رحمه الله وفاقاً للفاضل ومحكي المبسوط وشرح الارشاد للفخر وظاهر الغنية، قيل وكأنه مال اليه في غاية المراد، بل عن تعليق الارشاد للكركي المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم فيقوى حينئذٍ 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 ودبعة فأنلفها فيه تردّد الوجه أنه لا يضمن»، وجه التردّد من أن اتلاف مال الغير سبب في ضمانه، ومن تفريط المودع باعطائه وقد نهى الله عنه .

حجة القائل بضمان السفه عليه الوديعة هو العمومات أولاً «كمن أتلف مال غيره فهو له ضامن»، ونحوه «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، الى غير ذلك . وثانياً الايداع من مكلف بعد أن لم يكن فيه اذنًا بالاتلاف ليس تفريطاً ليسقط معه حرمة المال ويخرج به عن عمومات الضمان .

و في الجواهر: فظهر حينئذٍ قوة القول بالضمان وفاقاً للتذكرة وجامع المقاصد

والمسالك والروضة ومجمع البرهان على ما حكى عن بعضها، إذ هو حينئذٍ كالغصب الذي لم أجد خلافاً في ضمانه، بل هو منه ضرورة كون السفية بالغاً عاقلاً، بل لعله أفحش منه. هذا ما ذكر في الباب الظاهر طبق القواعد الشرعية في الضمان لا يبعد القول به والله أعلم.

حجة القائل بعدم الضمان هو الأصل أولاً، وثانياً أن المودع فرط في الإبداع بعد نهي الله تعالى عن اتیان السفية المال فهو سبب أقوى من المباشر، واستوجه المصنف رحمه الله عدم الضمان كما عن ارشاد الفاضل.

ولأن اسماعيل بن الامام الصادق عليه السلام «أراد أن يستبضع رجلاً فنهاه أبو عبد الله عليه السلام عن ذلك لأن ذلك الرجل كان يشرب الخمر، فخالف واستبضعه فاستهلك ماله، فحجج أبو عبد الله عليه السلام وحجج معه ابنه اسماعيل، فجعل يطوف بالبیت ويقول: اللهم أجرني واخلف عليّ، فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له: مه يا بني فلا والله مالك على الله حجة ولا لك ان يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته... «الى أن قال»: «فإن الله تعالى في كتابه يقول «ولا توتوا السفهاء أموالكم»^١، فأني سفية أسفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا يزوج ولا يؤتمن على أمانة فن ائتمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للذي ائتمنه على الله عزوجل أن يؤجره ولا يخلف عليه»^٢. هذا وفي المسألة مزيد تفصيل في بابها من كتب الفقه والله أعلم.

ج ٢ ص ١٠٣ قوله رحمه الله: «إذا حلف انعقدت يمينه ولو حث كقر بالصوم وفيه تردّد»، ينشأ التردّد من أنه ممنوع من التصرف المالي فيكفر بالصوم، ومن أن الكفارة تصير حينئذٍ واجبة عليه وهو مالك للمال فيخرج من المال.

١ - سورة النساء الآية ٥ .

٢ - الوسائل الباب ٦ من ابواب احكام الوديعة الحديث ١

حجة القائل بوجوب الكفارة بالصوم، هو أن السفيه ممنوع التصرف المالي كما صرح به الفاضل وثاني الشهيدين والشيخ فيما حكى عن مبسوطه من غير تردد ولا نقل خلاف. وفي المسالك لما كان السفيه انما يمنع من التصرفات المالية فاذا خلف على فعل شيء أو تركه حيث تكون اليمين منعقدة في غيره ينعقد يمينه لأنه لا يتعلق بالمال ومثله نذر ذلك وعهده، أما لو كان متعلق النذر نفس المال بأن نذر أن يتصدق بمال مثلاً فان كان معيناً بطل النذر وان كان في الذمة صح... إلى أن قال: فاذا حلف مثلاً على شيء وحنث وجبت عليه الكفارة قطعاً، لأنه بالغ عاقل، وهل يكفر بالصوم أم بالمال؟ تردد المصنف رحمه الله...، إلى أن قال: والأقوى أنه يكفر بالصوم وبه قطع العلامة في كتبه.

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

كتاب الضمان

في الضمان المؤجل والحال

ج ٢ ص ١٠٨ قوله رحمه الله: «والضمان المؤجل جائز اجماعاً وفي الحال تردّد أظهره الجواز»، منشأ التردّد من أن الغرض من الضمان تسهيل الأمر على المضمون عنه فيجوز، ومن أن ضمان المؤجل بالحال خال عن الغرض فلا يصح.
حجّة القائل بصحة ضمان المؤجل حالاً، هو العمومات السالمة عن معارضة ما يقتضي اعتبار الأجل فيه كالسلم، واجماع الغنية بناءً على شموله للغرض، وقال به بعض الأصحاب حتى من الشيخ في المحكي عن مبسوطه وفي محكي السرائر.

وقد يوجد في بعض الكتب لأصحابنا: ولا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل، والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والأجل فلا بدّ من ذلك ولا يصح الا بأجل محروس، فأما اذا اتفقا على التعجيل فيصحّ الضمان من دون أجل، وكذا اذا اطلق العقد، والى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه، وهو حقّ اليقين لأنه لا يمنع منه مانع، ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم نجده كما نصّ 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، وحينئذٍ يكون وجه الخلاف في المسألة اعتبار الأجل في الضمان وعدمه، وهذا هو الظاهر من العبارة من غير مدخلية لحلّول الدين وأجله.

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

من قوة والله أعلم.

حجة القائل بعدم صحة ضمان المؤجل حالاً، هو ما في محكي المنفعة والنهاية لا يصح ضمان نفس أو مال إلا بأجل. وفي محكي الوسيلة إنما يصح الضمان بتعيين أجل المال، وعدّ في محكي الغنية من شروط صحته أن يكون إلى أجل معلوم، ثم عدّ 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 تردّد».

في الحقّ المضمون

ج ٢ ص ١٠٩ قوله رحمه الله: «وكذا ما ليس بلازم، لكن يؤول إلى اللزوم، كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، وكمال السبق والرماية على تردّد»، ينشأ التردّد من أن عقد الجعالة سبب قام لثبوت المال فيضمن، أو جزء سبب فيلزم ضمان ما لم يجب. حجة القائل بصحة الضمان بمجرد العقد، هو كضمان الثمن في زمن الخيار وغيره لوجود سبب الوجوب وانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم، كما نقل عن التذكرة وفاقاً للمحكي عن المبسوط والتحرير وللمختلف ومجمع البرهان إلا أنه قال: إذا شرع في العمل، بل لعلّه المراد مما عن الخلاف والغنية يصح ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة به، بناءً على ارادة الكشف من الشرط المزبور بقريظة استدلالهم عليه بقوله تعالى «ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم»^١، وقوله صلى الله عليه وآله «الزعيم غارم»^٢.

و مرجع الثاني أي مال السبق والرماية إلى العمومات التي هي العمدة، مضافاً إلى ما عن المختلف من الاستدلال عليه بمسيس الحاجة إليه فجاز ضمانه، وكقوله «التي متاعك وعليّ ضمانه»، وإلى ما عن التذكرة من وجود سبب

١ - سورة يوسف الآية ٧٢ .

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

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

حجة القائل بعدم صحة ضمان مال الجعالة وغيره مما ذكر، هو احتمال عدم سببية عقد الجعالة لثبوت المال في الذمة، وإنما العقد جزء السبب الذي هو مع العمل، فيكون الضمان حينئذٍ قبل تمامه ضمان ما لم يجب، والآية الشريفة محمولة على ارادة التعهد العرفي لا العقدي، وأيضاً لا سبب للوجوب قبل اتمام العمل، وانتهاء الأمر إلى 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 حينئذٍ صحة ضمانه للثبوت في الذمة حينئذٍ فعلاً وإن كان معرضاً للبطلان لأنه لا ينافي صحة الضمان والظاهر أن تردد المصتف في أصل ثبوت مال الجعالة في الذمة قبل العمل، لا أنه متردد في صحة الضمان بعد الثبوت كما ذكر ذلك صاحب الجواهر رحمه الله، ومثله يجري في مال السبق والرمائية، ويأتي الكلام في باب إن شاء الله تعالى.

أقول: لا يبعد القول بصحة ضمان ما ثبت في الذمة وإن كان متزلزلاً بثبوته 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 والأشبه الجواز»، منشأ التردد من أنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه، ومن أن الثابت وجوب الشيء وهو ليس بمال.

حجة القائل بجواز ضمان الاعيان المضمونه هو العمومات، مثل قوله تعالى «أوفوا بالعقود»^١، وقوله صلى الله عليه وآله «الزعيم غارم»^٢ وغير ذلك، ولأنه

١ - سورة المائدة الآية ١ .

٢ - المستدرک ج ٢ الباب ٤ من ابواب الذین والقرض الحديث ٤ .

ضمان مال مضمون على المضمون عنه، كما هو اختيار المصنّف والفاضل في المحكي عن تحريره وإرشاده ومحكي المبسوط كما ذكره صاحب الجواهر، وأما نص عبارة المبسوط قوله: «وأما الأعيان المضمونة مثل المغصوب في يد الغاصب والعارية في يد المستعير، إذا شرط ضمانها فهل تصح ضمانها عمّن 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 كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد، هو الأصل عند الشك فيه عدم ترتّب الأثر في مثل هذا الضمان، وأنّ الضمان كما عرفت هو نقل المال من ذمة الى اخرى تعريفه هذا، وأما ضمان قيمتها أو مثلها إن كانت مثلية فهو بعد تلفها، فضمانها قبل حصول السبب ضمان ما لم يجب وهو باطل، ومن هنا كان خيرة ثاني الشهيدين والمحققين وفخر الاسلام على ما حكى عنها عدم الجواز، ومن دعوى الاجماع على اشتراط أن يكون مالاً في الذمة في الحق المضمون.

ثمّ الاعيان المضمونة إنما يجب ردها وهو ليس بمال في الذمة والغاصب يكون مخاطباً به فيكون الضمان على هذا ضم ذمة الى ذمة اخرى وهو ليس من اصولنا، وإنّ 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 الى ذمة اخرى. 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 بعيب سابق، أما لو طالب بالأرض 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.
حجة القائل بصحة ضمان الأرش، هو أنه مال ثابت في ذمة المضمون عنه
كما في القواعد وغيرها، لتحقق شرط الضمان لأن الأرش جزء من الثمن ثابت
وقت الضمان.

وفي شرح اللمعة والحق أنه - أي الأرش - أحد الفردين الثابتين تخبيراً حالة
البيع فيوصف بالثبوت قبل اختياره كأفراد الواجب المخير. والحاصل: أن
الأمرين الثابت أحدهما تخبيراً يصدق عليهما أنها ثابتان، لأن السبب وهو العيب
كان حاصلاً حالة البيع فالمسبب عنه وهو استحقاق المشتري لاختيار الأرش أو
الرد كان ثابتاً لا محالة، إذن لا مانع من ضمان الأرش ودرك العيب بعد كونه
ثابتاً ولو تخبيراً.

حجة القائل بعدم صحة الضمان، هو أن الاستحقاق له إنما حصل بعد
العلم بالعيب واختيار أخذ الأرش، والموجود من العيب حالة العقد ما كان
يلزمه تعيين الأرش بل التخير بينه وبين الرد فلم يتعين الأرش إلا بعد الضمان
أي ضمان الأرش. وحاصل الاستدلال على عدم صحة ضمان الأرش هنا، أن
الضمان يجب أن يكون لشيء قد ثبت وجوده وثبت استحقاق المضمون له إليه
فيضمنه الضامن تأميناً على دركه لدى الحاجة، وعن التحرير الجزم بعدم كما في
الجواهر.

أقول: يظهر للمتتبع قوة القول بعدم 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 يرجع على الأصل وفيه تردد»، وجه التردد من
عدم رجحان الفرع وهو الضامن على الأصل وهو المضمون عنه، ومن أن الذمة
مشغولة بمال وزيادة الأجل ونقصه لا يضرّ بالضمان.

حجة القائل بعدم صحة الضمان، هو أنه يلزم منه ترجيح الفرع على

الأصل، ووافق المصنّف على المنع فخر الاسلام والكركي، بل عن المختلف أنه استحسنه، بل قد عرفت أنّ الأولى مقتضى ظاهر من اعتبر الأجل في الضمان وإن كان ذلك حيثية اخرى غير ما نحن فيها، ولذا منع منها هنا من لم يعتبر الأجل فيه كما ذكر ذلك صاحب الجواهر.

حجة القائل بصحة 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 أيضاً 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 فيها، وهو مختار المصنّف هناك ولكنه رجع من الجزم الى التردد أو الى الحكم بخلافه.

أقول: ومن هذا يظهر قوة القول بصحة الضمان في الفرض والله أعلم.

كتاب الحوالة

في الشرائط

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

حجة القائل بشرط التساوي أي تساوي المالين، هو ما عن الشيخ في مبسوطه وابني زهرة وحمة والقاضي أنه يشترط في صحة الحوالة التساوي في المالين المحال به والمحال عليه، بل لعله ظاهر النافع وغيره مما عرف فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله، بل عن التذكرة من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين للأصل بعد عدم اطلاق في نصوص الباب.

على أن في الحكم بالبطلان تخلصاً من تسلط على المحال عليه بشيء لم تشتغل ذمته به، لأنه لا يلزم إلا بدفع مثل ما عليه جنساً ونوعاً ووصفاً. والحاصل: أن الثابت من مشروعية الحوالة النقل المذكور لاغيره.

وبعضهم استدلّ على المطلوب بأن حقيقة الحوالة كما ذكر، تحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه، فاذا كانت على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير كيف يصير حق المحتال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك؟ فإن الحوالة إن كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه وأقرضه المحال عليه فحقه الدراهم 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 ومسامحة للحاجة، فاشتراط فيها التجانس والتساوي لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس في ذمته، الى آخر ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله واختار بقوله مقتضى الاصول العدم.

حجة القائل بعدم الاشتراط والجواز مع التساوي وعدمه، هو جواز الحوالة على البرئ كما عن المبسوط في موضع منه و التذكرة والتحرير والتنقيح واللمعة والابضاح وجامع المقاصد وغيرهم اختيار الجواز.

وفي المسالك أنه إن اشترطنا رضاً المحال عليه وجوّزنا الحوالة على البرئ فلا وجه للمنع أصلاً، لأنه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس لتصح، فاذا كان ورضى تعين الجواز، بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصة، لأن الحوالة إن كانت استيفاء كما هو الظاهر فالاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع التراضي، وإن كان اعتياضاً فكذلك لجواز المعاوضة على المختلفين. وليست معاوضة بيع حتى يعتبر فيها التقابض حيث يعتبر فيه نعم قد نقول هنا مع جواز الحوالة على البرئ، إن الحق لم يتحول الى الدينير وإنما لزم المحال عليه للمحال دنانير وبقية الدراهم في ذمته للمحيل فيعتبر في التقاص تراض جديد...، الى آخر كلامه. وأشكل عليه في الجواهر فراجع وتأمل.

في أحكام الحوالة

ج ٢ ص ١١٤ قوله رحمه الله: «إذا قال أحلتك عليه فقبض فقال المحيل قصدت الوكالة وقال المحتال انما أحلتني بما عليك، فالقول قول المحيل لأنه أعرف بلفظه وفيه تردد»، منشأه من أنّ المحيل بما قصد لا يعرف إلا من قبله، ومن الأصل إرادة الحقيقة أي الحوالة بمعناها المتعارف.

حجة القائل بأن القول قول المحيل، هو أنه أعرف بما قصد بلفظه إذ لا يعرف إلا من قبله، مضافاً الى 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 الأذن في القبض له لا للموكل، بل عن المسالك نسبتة الى الشيخ رحمه الله وجماعة وإن كنا لم نتحققه كما قال صاحب الجواهر.

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

حجة القائل بأن القول قول المحتال، هو أنّ الأصل إرادة الحقيقة التي هي الحوالة بالمعنى المتعارف بخلاف الوكالة، وإن صحّ عقدها بلفظ التحويل بالقرينة، بل في جامع المقاصد ومحكي التحرير ترجيح قول المحتال لأنه الموافق للأصل المزبور الذي يجب حمل اللفظ عليه حال التجرد عن القرينة، وإلا لزم الاغراء بالجهل، بل لو قدح احتمال التجوز لقدح في جميع الأبواب من بيع أو صلح واقرار ونكاح وغيرها، فيكون قول المحيل مخالفاً للأصل يكلف بالبيّنة 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 الأذن بطريق الحقيقة، وكان معنى الحوالة مؤدياً لذلك لأن معنى أحلتك كما يحتمل إرادة تحويل المال من ذمة الى ذمة، يحتمل إرادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال، ففائدتها تسليطه على المحال عليه. أو نقول: إن دلالتها على الأذن للمحتال حاصله على التقديرين، وإنما الكلام في معنى الزائد على الأذن 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 فرجع الأمر الى أنه هل هو من باب الحقيقة أو المجاز أو من باب المشترك الذي دلّت القرائن على إرادة أحد معنييه...، الى آخر ما نقله عنه صاحب الجواهر، ثم يرّد عليه من نواحي كثيره، وذكر الجميع يطول أخذنا محل الحاجة والله أعلم فراجع وتأمل.

ج ٢ ص ١١٤ قوله رحمه الله: «إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم ردّ المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة لأنها تتبع البيع وفيه تردّد»، منشأ التردّد من أنّ الحوالة تابعة للبيع، ومن أنّ الحوالة ناقله للمال إلى ذمة المحال عليه إذ هي عقد مستقل.

حجّة القائل بطلان الحوالة إذا ردّ بالعيب المبيع كما سبق، هو أنّ الحوالة تابعة لصحة البيع فإذا بطل البيع بطلت، لاستحالة وجود التابع من حيث هو تابع بدون متبوعه، وهو مذهب الشيخ الطوسي رحمه الله، قيل: واليه يرجع ما في الايضاح وجامع المقاصد، وعن مجمع البرهان إنه أقوى لأنها تتبع البيع في ذلك.

و في القواعد بطلت إن قلنا إنها استيفاء، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحاً ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح، وإن قلنا إنها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم ردّ بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب، ولعله لهذا التفصيل تردّد فيه المصنّف 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 بمعنى 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 يفسخ بانفساخ العقد بخلاف ما لو كان بدفع ونحوه، من حيث إنه ليس عقداً مبنياً على اللزوم، بل هو من توابع التملك بالبيع المفروض انفساخه فيتبعه بخلاف المفروض، الذي قد حصل

الملك به للذين بسبب آخر غير المبيع وهو الحوالة فلا وجه لانفساخها بانفساخه.
بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادرة حينئذٍ، بل لا فرق
بين قبض المحتال ما أُحيل به وعدمه في ذلك...، الى آخر ما ذكره صاحب
الجواهر، ثم قال: وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد من أنّ الحوالة كالقبض
ولهذا لا يجبس البايع 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 عتِن موضعاً لزم، ولو دفعه في غيره لم يبرأ. وقيل: إذا لم يكن في نقله كلفة، ولا في تسلّمه ضرر، وجب تسلّمه، وفيه تردّد.»، وجه التردّد من عدم الضرر في قبضه، ومن العمل طبق الشرط فلا يجب تسلّمه.

حجّة القائل بوجوب تسلّمه في غير الموضع المعين له إذا 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 يسلمه إليه في موضع فسلمه إليه في موضع آخر، فإن كان عليه مؤونة في حمله الى موضع تسليمه لا يلزمه قبوله ولا يبرأ الكفيل، وإن لم يكن عليه فيه مؤونة ولا ضرر لزمه قبوله، 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، ولأنه لا يصدق عليه التسلم التام، وقال به في الجواهر، وفي المسالك لا يجب تسلّمه وإن انتفى الضرر عملاً بالشرط. أقول: القول بعدم وجوب التسلم في غير الموضع المعين لا يخلو من قوة والله أعلم.

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

حجة 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، لأنّ الدّين في ذمته لا تصح الكفالة به فلم تصح ببذنه لأجله. انتهى كلامه، ولأنّ المكاتب يجوز أن يعجز نفسه.

حجة القائل بصحة كفالة المكاتب المشروط، هو عدم اقتضائه الفساد. وفي المسالك أنه إما عبد أو مديون وكلاهما يجوز للكفالة وموجب للاحضار، وعن الفاضل جواز كفالة العبد، إلا أنك قد عرفت تقييده له بالآبق، بل ظاهر المحكي عن غيره اعتبار الإباق، وقد عرفت النظر في أصل صحة الكفالة في ذلك، وإن كان لا يخلو من وجه 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 الأملاك

ج ٢ ص ١٢٤ قوله رحمه الله: «ولو صالحهم على احداث روشن، قيل لا يجوز لأنه لا يصح إفراد الهواة بالبيع وفيه تردّد»، منشأ التردّد من جواز الصلح على المعلوم والمجهول فيصح، ومن أنه فرع على البيع فلا يصح.

حجة القائل بالجواز هو عمومات الصلح المقتضية جوازه وإن قلنا بعدم إفراده في البيع، لكن في الدروس: أما لو صلحوا أي أهل الدرب على ذلك بعوض فإنه لازم مع تعيين المدة، وإن كان بغير عوض بين على أصالة الصلح أو فرعية للعارية. وفي التذكرة: ولو صالح واضح روشن أو الجناح أو السباط أو باب الدرب وأصحاب السكة على وضعه، جاز على الأظهر عندنا. أقول: القول بالجواز قويّ متين والله العالم.

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

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

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

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

حجة 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، فيصح الصلح على الأغصان الزائدة اذا انتهت في الزيادة بحسب نظر أهل الخبرة، فيصح مطلقاً على إبقائها 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 رحمه الله: «وهل يفتقر الخيز في تملك المباح الى نية التملك؟ قيل: لا، وفيه تردد.»، منشأه من أن اليد سبب للملك، ومن أصالة عدم التملك في المباح مطلقاً.

حجة القائل بعدم افتقار الحيازة الى النية، هو أن اليد والسلطنة سبب في الملك، ولهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد من دون توقف على أمر آخر، ولأن الحيازة سبب لحصول الملك للمباح في الجملة قطعاً بالاتفاق، لأن أقصى ما يقول المشترط للنية أنها سبب ناقص فحصول الملك بها في الجملة أمر محقق. واشتراط النية لا دليل عليه فينفي بالأصل، ومعارضة ذلك بأصالة عدم حصول الملك للمباح إلا بالنية تقتضي تساقطها فيبقى سببية اليد من غير معارض.

و من أنه قد تكرر في فتوى الأصحاب، إن ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر من أحجار ثمينة وغيرها، يملكه المشتري ولا يجب دفعه الى البائع للسمكة، وأيد ذلك في جامع المقاصد بأنه لو اشترطت النية في الحيازة في حصول الملك لم يصح البيع قبلها لانقضاء الملك، كما ذكر ذلك صاحب الجواهر رحمه الله.

حجة القائل بلزوم النية لحيازة المباح للأصل، أي الأصل عدم الملك في المباح من غير نية، ومتى تخلف الملك عن النية انتفى الملك حتى لو وضع الخيز يده على شيء غير ناو 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 وانما وضعت يدي عبثاً كيف يحكم له بالملك قهراً! هذا مما لا دليل عليه.

وعلى كل حال فالذي أطبق الفأس على فعله، البناء على ما في اليد ظاهراً الملك لا الحكم بالملك في نفس الأمر، والكلام انما 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 التملك...، الى آخر كلامه رفع مقامه.

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

كتاب المضاربة

في العقد

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

حجة القائل بعدم صحة المضاربة في مثل هذا الشرط، هو أن مقتضى عقد المضاربة أو مقتضى القراض الذي هو رديف المضاربة، التصرف في رأس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح بالتجارة، وهذا الشرط الأمر ليس كذلك لأن فوائده يحصل بغير تصرف بل من عين المال، وبأن المضاربة تقتضي معاوضة إحداهما بالشراء والاخرى بالبيع وأقل ما يتحققان بثمرة وهما يظهر الربح والانضاض، المضاربة تدل على ملك العامل بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن فنعه من أحدهما مخالف لمقتضاها، إلى آخر ما ذكر صاحب المسالك رحمه الله.

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

حجة القائل بصحة المضاربة مع هذا الاشتراط، هو أنه حصل النماء بسعي العامل إذ لو لا شراء لم يحصل النماء، وذلك من جملة الاسترباح بالتجاره كما في المسالك. وفي الجواهر من امكان منع اعتبار ذلك في القراض، الذي هو دفع المال

من ربه 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: اشتريه وما يحصل من ارتفاع قيمته ومن نمائه فهو بيننا، فالأقوى الصحة لإطلاق الأدلة، كما لو اتفق نماء أعيان المضاربة قبل بيعها كالولد للشاة مثلاً شارك العامل في النماء قطعاً الى 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 تردّد»، منشأ التردّد من عدم كونها دراهم ودنانير، ومن مساواتها لهما في المعنى.

حجة القائل بعدم صحة القراض بدون الشرطين، أعني المال أن يكون عيناً وأن يكون من الدراهم والدنانير، هو الاجماع بقسميه مضافاً الى ما قيل من أصالة الفساد هنا السالمة عن معارضة «أوفوا بالعقود»^٢ و «المؤمنون عند شروطهم»^٣ ونحو ذلك، ومن عدم كون النقرة حينئذٍ من النقدين، ومن هذا لم تصرف مخالفاً في عدم الجواز بالنقرة، بل ولا متردداً غير المصنّف كما ذكر ذلك صاحب الجواهر رحمه الله.

و في المسالك وانضباط قيمتها بما وأصالة 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 ابواب المهور الحديث ٤.

بها، أي بالنقرة.

حجة القائل بصحة القراض بالنقرة، هو مساواتها للنقدين في المعنى حيث إنها من النقدين فإنها النقش وانضباط قيمتها بهما. وفي المسالك: نعم ربّما أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة، فإن صحّ هذا الأسم كان التردّد من حيث إنها قد صارت دراهم ودنانير، وأما تخلّفت السكة وهي وصف في النقدين، ربما لا يقدر خصوصاً إذا تعوّل بها على ذلك الوجه. ذكره صاحب الجواهر ثم عقبه بقوله: مع أنه أيضاً كما ترى بعد معلومية كون الدرهم والدينار حقيقة في المسكوك للمعاملة، وتخلّف السكة قاذح باعتبار اقتضائه انتفاء صدق اسم الدرهم والدينار. والتعامل بغير المنقوش أو المنقوش لا للمعاملة لا يحقّق الاسم المزبور، ولو سلّم تحقق الاسم بناءً على أنه للأعم من المسكوك للمعاملة، فليس حينئذٍ إلا الصحة، ثم قال رحمه الله. وعلى كل حال فلا وجه للتردّد بعد الجزم بشرطيّة الدرهم والدينار، انتهى.

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

في الربح

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

حجة القائل بكونه قراضاً فاسداً، هو ظهور اللفظ في إرادة المعنى الحقيقي الذي هو أعم من الصحيح والفاسد وهو الاشاعة في الربح والشركة، وهذا غير معنى البضاعة الذي هو الإقدام على التبرع في العمل، وليس في الفرض ما يشعر

بذلك بوجه كما في الجواهر.

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

حجة القائل بصحته بضاعة، هو بالنظر الى المعنى بأن القراض دالّ على البضاعة وإن كان بلفظ القراض، ولأنّ البضاعة توكيل في التجارة تبرعاً، وهي لا تختص بلفظ وما ذكره دالّ عليها، ولأنه لا يحكم 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 أحدهما المال ومن الآخر العمل من غير التفات الى أمر آخر، وهو أحد ما اشتق منه المعنى الشرعي كما سبق. ولوقيل إن ذلك بحسب اللغة، والحقيقة الشرعية تأباه، أمكن أن يتجاوز فيه فان الحقائق اللغوية تصير مجازات شرعية وهو أولى من الفساد.

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

في اللواحق

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

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

حجة القائل بقبول قول العامل، هو أنه أمين وذو يد على المال بلذن مالكة، ولا فرق في دعواه التلف بأمر ظاهر يقيم عليه البيّنة أو خفي، ولما في عدم قبول قوله من التكليف بما لا يطاق لاحتمال صدقه، فتكليفه بالرد ثانياً فيه ضرر.

وقال الشيخ في المبسوط: العامل في القراض أمين فيما في يديه كالوكيل، لأنه يتصرف في مال المالك باذنه كالوكيل، وينظر فان ادعى العامل تلف المال في يده كان القول قوله لأنه أمين، وإن ادعى رده إلى مالكة فهل يقبل قوله؟ فيه قولان، أحدهما وهو الصحيح أنه يقبل قوله، وفي الناس من قال لا يقبل قوله، انتهى.

حجة القائل بعدم قبول قوله في الرد، هو أصالة عدم الرد أولاً، وثانياً يكون المالك منكرًا فالقول قوله، لعموم قوله عليه السلام «البيّنة على المدعي»، 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 الودعي غير جائز عندنا، خصوصاً مع وجود الفرق بينهما لأن القبض هناك لمصلحة المالك خاصة، بخلاف المقام الذي هو لمصلحتها.

هذا والتكليف برد المثل أو القيمة يرفع التكليف بما لا يطاق، كما سبق في الحجة السابقة كما في الجواهر. وفي التنقيح: وقوله مقبول في التلف ولا يقبل في الرد إلا ببيّنة على الأشبه، وجه الأشبهية أنه مدع فيكون كغيره من المدعين فلا يقبل إلا ببيّنة. وكونه أميناً أمانته ليست خالصة، بل مشوبة بمنفعة نفسه كالمترهن

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 أنّ الربح وقاية لرأس المال، ومن أنّ التلف قبل الشروع في التجارة يخرج عن كونه مال قراض.

حجة القائل باحتساب التالف من الربح، هو أنّه وقاية لرأس المال في شرع المعاملة وعرفها، ولا فرق بين الدوران في التجارة وعدمه لأنّ مقتضي لكونه مال قراض هو العقد لا الدوران، فتمتّ تصور بقاء العقد وثبوت الربح جبراً 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.

حجة القائل بعدم الاحتساب من الربح إذا تلف جميع مال القراض فجبره بالربح بعد الدوران ممكن أما قبله أي قيل 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 وشرطا له النصف منها وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال كان فاسداً، لفساد الشرط وفيه تردد»، وجه التردد من بطلانها لبطلان الشرط، ومن إمكان أخذ الفاضل من حصة العامل.

حجة 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.

حجة القائل بعدم فساد القراض مع الشرط المذكور، هو أن أخذ الفاضل يكون من حصة العامل لا من حصة الشريك، لأن الأصل اقتضى التساوي في الربح للشريكين مع التساوي في المال، فيكون شرط التفاوت المذكور منصرفاً الى حصة العامل، بمعنى أن شرط الزيادة يكون قد جعل للعامل أقل مما جعل أخذ النقيصة وهو جازي.

هذا مع اطلاقها شرط النصف له من غير تعيين لا يستحقه على كل واحد، فإنه كما يحتمل الصحة حملاً على ما ذكرناه يحتمل البطلان، فيرجح جانب الصحة لامكان حمل عمل المسلم عليها، وقد تقدم أن مع التصريح يتجه الفساد.

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

كتاب المزارعة والمساقاة

في عقد المساقاة

ج ٢ ص ١٥٤ قوله رحمه الله: «وتصح قبل ظهور الثمرة، وهل تصح بعد ظهورها؟ فيه تردد»، منشأه من أنّ المفروض أولى بالمشروعية، ومن أصالة الفساد بعد الشك في مشروعيتها.

حجة القائل بالصحة بعد ظهورها، هو أن المفروض أولى بالمشروعية من غير الخارج، لكونه أبعد عن الغرر بالوثوق بالثمرة، ولحصول حكمة مشروعية المساقاة وفائدتها في المفروض كما في الجواهر.

وفي المسالك إذا ساقاه على الشجر والثمرة معدومة مدة يمكن وجودها فيها عادة صح إجماعاً، وإذا كان بعد ظهورها ولم يبق للعمل فيها مستزاد لم يصح إجماعاً، وأما إذا كانت قد ظهرت ولكن بقي لها عمل يحصل به زيادة في الثمرة، كالسقي والحراث ورفع أغصان شجر الكرم على الخشب وتأبير النخل، الأجود الصحة تحصيلاً لتلك الفائدة، ولأن العقد حينئذ أبعد عن الغرر للوثوق بالثمرة فيكون أولى مما لو كانت معدومة.

حجة القائل بعدم الصحة هو الأصل، أي فساد العقد بعد الشك في تحقق موضوع شرع المساقاة، لعدم اطلاق أو عموم بالخصوص فيها يتمسك به في تنقيح موردها، بل قد يشك في تناول «أوفوا 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 لجميع أفراد من

عموم أو اطلاق، ضرورة احتمال إرادة 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...، الى آخر ما ذكره في الجواهر.

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

ولو كان العمل بحيث لولاه لا اختل حال الثمرة لكن لا يحصل به زيادة كحفظها من فساد الوحش ونحوه، فقتضى القاعدة عدم الجواز. وأنت بعد الاحاطة بأقوال العلماء في المسألة وشمول دليل المساقاة لمثل هذا المورد، فإن المسألة لا تخلو من مناقشة، والأحوط الرجوع الى الصلح أو الاجارة، كما هو رأي أهل الفن من أهل العلم والله أعلم.

فما يساقى عليه

ج ٢ ص ١٥٥ قوله رحمه الله: «وفما لا ثمرة له إذا كان له ورق ينتفع به كالتوت والحناء تردّد»، وجه التردّد من كونها من الاشجار، ومن أن هذه المعاملة على خلاف الأصل.

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

١ - المستدرک ج ٢ الباب ٦ من ابواب كتاب المزارعة والمساقاة الحديث ٥.

وفي المسالك من أنّ الورق المقصود كالثمرة في المعنى فيكون مقصود المساقاة حاصلًا 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 الثمرة فجائز اجماعاً.

حجّة القائل بعدم صحتها هو أنّ هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض على خلاف الأصل، فيقتصر بها على محلّ الوفاق وهو الثمر 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، لكان 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 لخاص العامل لم يجوز فيه 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 المختصّ بالعامل أو العمل المختصّ به، أي الخارج عن المال المشترك بينه وبين سيده المساقى عليه، ووجه الجواز أنّه شرط سائغ فيجوز اشتراطه لأنه إذا جاز أن

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

و في المبسوط قال: إذا شرط العامل في المساقاة أن يعمل غلام رب المال معه كان ذلك جائزاً، لأنه ضمّ مال الى مال وليس بضمّ عمل الى مال، انتهى.

أقول: القول بالجواز لا يخلو من قوة لأنه شرط خارج عن نفس المساقاة، والله العالم بالصواب.

حجة القائل بعدم الجواز هو أنه شرط عملاً في مقابلة عمله فصاري في قوة اشتراط جميع العمل على المالك وفساده ظاهر، والمعروف أنّ المانع من ذلك الشافعي، لكن المصنف والعلامة ذكرا المسألة على وجه يشعر بالخلاف عندنا، وقد تكرر هذا منهما في مواضع كثيرة، ذكر ذلك صاحب المسالك أعلا الله مقامه والله العالم.

في الفائدة

ج ٢ ص ١٥٧ قوله رحمه الله: «ولو شرط مع الحصة من الثماء حصة من الأصل الثابت لم يصح، لأن مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة، وفيه تردّد»، وجه التردّد من أصالة عدم المشروعية، ومن عموم «أوفوا بالعقود»^١، و «المؤمنون عند شروطهم»^٢.

حجة القائل بعدم الصحة هو أنّ مقتضى 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 يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه وهو المحكي عن الأكثر كالطوسي والحلي وغيرهما، بل في الرياض: لم أقف على مخالف صريحاً ولا ظاهراً، كما ذكره في الجواهر، ثم قال:

١ - سورة المائدة الآية ١

٢ - الوسائل الباب ٤٠ من ابواب المهور الحديث ٤

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

حجة القائل بالصحة هو عموم قوله تعالى «أوفوا بالعقود» و«المؤمنون عند شروطهم» ونحو ذلك، الذي جزموا بصحة اشتراط الذهب والفضة وغيرهما. واحتمال الفرق بينها بأنه في الفرض قد جعل الحصة من الثمن 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 خلاله بالشرط وهو العمل بالجميع فيبطل العقد، يدفعه - أي الاحتمال - إن الاشتراط المزبور كالاستثناء من العمل بجميع المال، بل هو بيان لاستحقاق الحصة بالعمل فيما يخص المالك والباقي بتبعية الثمن للملك كما في الجواهر.

أقول: القول بجواز الاشتراط لا يخلو من قوة لأنه شرط سائغ والله العالم بالصواب. ج ٢ ص ١٥٧ قوله رحمه الله: «ولو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضح وبالثلث إن سقى بالسايح بطلت المساقاة، لأن الحصة لم تعين، وفيه تردد» وجه التردد من جهالة الحصة، ومن يقينها على كل من التقديرين.

حجة القائل ببطلان المساقاة هو أن العمل مجهول والنصيب كذلك، مثل بعثك بدينار مؤجل وبنصفه حال، والبطلان أقوى كما في المسالك. وفي الجواهر: الأشبه بأصول المذهب وقواعده البطلان، لعدم كون ذلك تعييناً رافعاً للجهالة بل ولا جزءاً.

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

١ - السيح: الماء الجاري على وجه الارض، والنضح: الاستقاء على البعير، والغرب: الدلو العظيمة يستقى بها.

الثالث وإن سقاها بالنضح أو الغرب فله النصف، فالمساقاة باطلة لأن هذا عمل مجهول غير معين، ولأن نصيبه من الثمرة سهم غير معين لأنه ما قطع على نصيبه فإذا ثبت أنها فاسدة فالثمرة كلها لرب النخل وللعامل أجرة المثل لأنه لم يسلم ما شرط له، انتهى كلامه. أقول: هذا القول هو الأقوى والله العالم بالصواب.

حجة القائل بصحة المساقاة هو أن الحصة معينة على التقديرين، كما يصح في الاجارة اذا قال: إن خطته رومياً فلك درهم وإن خطته فارسياً فلك درهمين، وإن المساقاة في الحقيقة قسم من الاجارة وقد تقدم فيما سبق أن جنبة البطلان أرجح لما بينا وجهه فتأمل فيه والله أعلم.

في أحكام المساقاة

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

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

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

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

وانما هي لإثبات حق المالك لو انكر العامل، وهو أمر آخر لا ربط له بجواز الرجوع وعدمه، وربما قيل بقبول قوله مع يمينه أي المالك وهذا لا يخلو من قوة. حجة القائل بعدم جواز الرجوع هو الأصل، أي أن الأصل عدم التسلّط على مال الغير بغير اذنه، وفي الجواهر: لو لم يشهد لم يرجع المالك على العامل للأصل. والغرض عدم البيّنة على الاستيجار عنه، بل لعلّ ظاهر العبارة عدم الرجوع حتى لو صدقه العامل، بل وحتى لو كان الاشهاد متعذراً لكونه - أي الاشهاد - حينئذٍ بمنزلة الحاكم.

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

١ - سورة المائدة الآية ٥٥ .

٢ - سورة التوبة الآية ٧١ .

كتاب الوديعة

في أحكام الوديعة

ج ٢ ص ١٦٨ قوله رحمه الله: «إذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها، قيل: نخرج من أصل تركته، ولو كان له غرماء فضاقت التركة حاصهم المستودع، وفيه تردّد»، وجه التردّد من عموم «على اليد...»، ومن أنه اعترف بها في حياته.

حجّة القائل بالضمان هو عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، ولأنه بترك تعيينها مفرط 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 بقاؤها في يده إلى الموت وبعده تكون في جملة التركة، فإذا تعدّر الوصول إلى عينها وجب البديل فيكون بمنزلة الدين فحاص الغرماء.

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

و الأصل براءة ذمته من الضمان، و كون التلف على خلاف الأصل معارض بهذا الأصل وليساً متنافيين حتى يتساقطا إذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمة كما في المسالك.

هذا وفي الجواهر: إذا كان المراد من المتن وما شابهه الحكم بالضمان بمجرد الاعتراف بها من احتمال الردّ إلى المالك والتلف بلا تعدّد ولا تفريط وغير ذلك لأصالة البناء وعدم التلف وغير ذلك من المحتملات، فيتحقق بقاؤها بل ضمانها

بعدم الاشهاد على شخصها كما حكي عن الأكثر أو المشهور بين الأصحاب، وإن كنا لم نتحققه، بل لعلّ الظاهر خلافه عند من تأمل كلامهم خصوصاً الفاضل في القواعد وغيره، فإنك قد عرفت عدم صلاحية ما ذكره 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 الاباحة تردّد، والأشبه الجواز»، ينشأ التردّد من أن الاباحة مرادفة للتحليل، ومن عصمة الفروج عن الاستمتاع بغير العقد أو الملك.

حجّة القائل بالجواز هو عموم الأخبار التي تضمّنت التحليل، 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 المصنّف وفاقاً للفاضل وجماعة ممن تأخّر عنه ومحكي المبسوط والسرائر كما ذكره صاحب الجواهر.

وفي المسالك: وكان القول بحلّ الأمة بالتحليل ثابتاً عند علمائنا وجب أن لا يكون خارجاً عن الأمرين «العقد أو التحليل»، وقد اختلفوا في رده إلى أيّتهما، فذهب المرتضى إلى أنه عقد والتحليل عبارة عنه، والأكثر ومنهم المصنّف على أنه تمليك منفعة مع بقاء الأصل لأنّ الحل دائر مع الأمرين كما ذكرناه، فتأمل فيه والله أعلم.

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

١ - الوسائل الباب ٣١ من ابواب نكاح العبيد والاماء.

٢ - سورة المؤمنون الآية ٦.

للتحليل؟ فيه خلاف بين الأصحاب، أشهره عدم الجواز، وبعد جملة قال: لكن قد عرفت أنّ الاحتياط في الفروج مما لا ينبغي تركه، خصوصاً بعد ما قيل هنا من أنّ الجواز بلفظ التحليل لا يستلزم الجواز بلفظ الاباحة بعد تسليم ترادفهما، والمتيقن من النصوص العقد بلفظ التحليل 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 الأخر مثبتة في بناء المستعير، فيؤدي إلى خرابه، واجباره على إزالة جذوعه عن ملكه، وفيه تردّد»، وجه التردّد من أن الإزالة تؤدي إلى الضرر المنفي، ومن معلوميّة جواز عقد العارية.

حجّة القائل بالمنع هو ما أشار إليه المصنّف من أنّ رجوع المعير مستلزم. للتصرف في ملك الغير وتخريب بنائه الواقع في ملكه فيمنع منه، لأنّ الثابت له شرعاً إنما هو تفرغ 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 حينئذٍ كالعارية للدفن، وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضى إلى خراب ملك المأذون.

وفي المبسوط: لا رجوع حتى يخرب لأنّ البناء للتأييد وللضرر، ولو قلنا بالرجوع ففي غرمه الأرش وجهان.

وفي الجواهر: قلت الأصل في هذه المسألة ما حكاه في التذكرة عن الشافعية، ومحصّله خمسة وجوه:

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

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

بذلك ، وهو خيرة ثاني الشهيدين والمحققين واستحسنه في المتن .
الثالث: أنّ له الرجوع ولا يجوز له النقص 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 المصنّف رحمه الله .

حجة القائل بجواز الرجوع هو أنه عارية و من لوازمها جواز الرجوع فيها، وما
ذكر في حجة المنع لا يصلح له لأن تفرغ مال المستعير مع المطالبة واجب فاذا
توقف على تخريب ملكه كان من باب المقدمة التي لا يتم الواجب إلا بها فيجب
من هذه الحيثية . والمستعير أدخل الضرر على نفسه ببناؤه في ملكه بناءً معرضاً
للزوال بالرجوع في البارية التي هي مبنية 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 بقائها استدامة الإذن، فمع فرض
انقطاعها يبطل حكمها فيبقى وضع بلا إذن . والضرر اللاحق بالقلع إنما يجيء
من خطاب الشارع له بتخليص ملك الغير ورفع عنه...، إلى آخر كلامه رفع
مقامه .

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

كتاب الإجارة

في العقد

ج ٢ ص ١٧٩ قوله رحمه الله: «وكذا لو قال بعثك سكنها سنة، لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان وفيه تردّد»، وجه التردّد من أنّ البيع موضوع لنقل الأعيان، ومن أنّه صرّح بارادة نقل المنفعة.

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

و في اللعة نصّ العبارة: وإن قال بعثك سكنها سنة مثلاً، ففي الصحة وجهان مأخذهما أن البيع موضوع لنقل الأعيان والمنافع تابعة لها فلا يثمر الملك لو تجوّز به في نقل المنافع منفردة وإن نوى به الإجارة، وأنه يفيد نقل المنفعة أيضاً في الجملة ولو بالتبع فيقوم مقام الإجارة مع قصدتها والأصح المنع.

حجّة القائل بصحة الإجارة بلفظ البيع إذ لم يثبت اعتبار لفظ خاص في العقد، بل ظاهرهما وصل الينا من الأدلّة في المقام وغيره كالبيع والنكاح ونحوهما، التوسعة فيما يعقد به العقد والاكتفاء بكل لفظ يدلّ على انشاء المراد به حقيقةً أو مجازاً غير مستنكر في أمثاله، والمستنكر في مثل ذلك كاستعمال النكاح 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 أنسب من لفظ المعارية الذي هو حقيقة في إباحة المنفعة مجاناً. وفي العروة الوثقى: لو قال بعتك منفعة الدار أو سكنى الدار مثلاً بكذا، لا يبعد صحته اذا قصد الاجارة.

ج ٢ ص ١٨٠ قوله رحمه الله: «وفي اشترط ضمائها من غير ذلك تردّد أظهره المنع»، منشأ التردّد من عموم «المؤمنون عند شروطهم»، ومن مخالفته لمقتضى الاجارة. حجة القائل بصحة الشرط والعقد هو العمومات «المؤمنون عند شروطهم»^١، واطلاق أدلة العقود، وما حكى 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 بكير عن أبي الحسن عليه السلام «قال: سألته عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً، فاشترط عليه إن نقص الطعام فعليه فقال عليه السلام: جائز، قلت: إنه ربما زاد الطعام، قال: فقال: أيدعي الملاح انه زاد فيه شيئاً؟ قلت: لا، قال: لصاحب الطعام الزيادة وعليه النقصان اذا كان قد اشترط عليه ذلك»^٢، وغير هذا الخبر مما دلّ على نحو ذلك وقد ناقش فيه صاحب الجواهر فراجع وتأمل والله أعلم.

حجة القائل بعدم الصحة والمنع بدون التعدي والتفريط هو منافاته لمقتضى العقد أو الأمانة، كما قال المصنّف: أظهره المنع. وفي الجواهر: بل هو الأشهر بل المشهور بل في جامع المقاصد باطل قطعاً بل لم أجد فيه خلافاً، ولنافاته لمقتضى ما دلّ على عدم ضمان الأمانة الشامل بعمومه لحال الشرط. والمستمسك المشهور عدم الصحة لما دلّ على عدم ضمان الأمين فيكون

١ - الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ .

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

شرط الضمان مخالفاً للكتاب في قوله تعالى «ما على المحسنين 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 آجر المجنون، لم تنعقد اجارته. وكذا الصبي غير المتميز. وكذا المتميز إلا باذن وليه، وفيه تردد»، وجه التردد غير واضح هنا وهو مخالف لما في البيع سبق من المصنف قوله فلا يصح بيع الصبي ولا شرائه ولو أذن له الولي.

حجة القائل بعدم الصحة وبطلان الاجارة كما تقدم في عقد البيع من المصنف، وفي المسالك: الأقوى البطلان مطلقاً أي بلغ عشرين أو لم يبلغ أو أذن له الولي أو لم يأذن معللاً بأن عبارته مسلوقة بالأصل، فلا يصحها الاذن ولا الاجارة المتعقبة للعقد لرفع القلم عنه وهو يقتضي عدم الاعتداد بعبارته شرعاً، واذن الولي لا يصير الناقص كاملاً. وفي الجواهر: قوله وفيه غير خفي عليك عدم خصوص دليل في المقام يصلح فارقاً بينه - أي بين - الاجارة والبيع كما أنه لا وجه معتد به للتردد في أصل ذلك في المقام.

أقول: هذا ولم نعتز على قائل بالصحة ليكون وجهاً ثانياً للتردد، خصوصاً بعد قطع المصنف بعدم جواز عقد البيع من الصبي وإن بلغ عشرين عاقلاً، وإن قال بالجواز مع الشرطين بعض إلا أنه ضعيف لا يعتد 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 الجواز»، وجه التردد من معلومية الاجرة لكل من العاملين، ومن أنه واحد غير معين فيكون غرراً.

حجّة القائل بالجواز هو أنّ العمل معلوم وهي الخياطة للثوب المعلوم، والاجرة معلومة درهمان في هذا اليوم ودرهم في الغد، فلا غرر ولا جهالة هناك، وعند الشك الأصل الجواز. واستظهر الصحة في جامع المقاصد واستظهر المصنّف الجواز.

حجّة القائل بعدم الجواز هو عدم المعلوماتية، إذ ليس المستأجر عليه المجموع ولا كل واحد منها وإلاّ وجبا، فيكون واحداً غير معيّن وذلك غرر مبطل للاجارة كالبيع بثمانين نقداً ونسيئة أو الىّ أجلين، فالأجود البطلان كما في المسالك.

ج ٢ ص ١٨٢ قوله رحمه الله: «ولو قدر المدة والعمل، مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم، قيل: يبطل، لأن استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق، وفيه تردّد.»، منشأ التردّد من أنّ الزمان قد لا يفي فلا يكون معلوم القدرة عليه، ومن أنه من قبيل الشرط فتصحّ الاجارة، فإن عمله في الزمن المعين استحق الاجرة والآتخير المستأجر.

حجّة القائل بالبطلان في صورة تطبيق العمل على الزمان، يعني يبتيدي بأول الزمان وينتهي بآخره هذا قد لا يتفق غالباً المعلّل به البطلان، لا ما يظهر من عبارة المصنّف من أنّ الزمان ظرف للعمل بحيث يستوفى العمل في المدة المعيّنة، فهذا يمكن جعله متفقاً اتفاقاً غالباً أو معلوم عادةً.

وتقرير وجه البطلان على الوجه المشهور: إنّ الجمع بينهما أي بين العمل والزمان على وجه المطابقة يستلزم الغرر، لأنه يمكن انتهاء الزمان قبل العمل وبالعكس، فإن أمر بالاكمال 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...، الىّ آخر ما ذكره صاحب المسالك رحمه الله.

ولعلّ اطلاق البطلان في اللعنة وجامع المقاصد والروضة ومحكي التذكرة وشرح

الارشاد والتنقيح في فرض التطبيق في المثال المفروض مبني على معلومية غلبة عدم حصوله، قيل: وهو معنى ما في المبسوط والمهذب وفقه القرآن والسرائر من توجيه البطلان في المثال بأنه ربما يخيظ الثوب قبل مضي النهار فيبقى بعض المدة بلا عمل وربما لا يفرغ منه بيوم ويحتاج الى مدة اخرى وتحصيل العمل بلا مدة...، الى آخر ما ذكره صاحب الجواهر.

أقول: مع ارادة التطبيق القول بالبطلان لا يخلو من قوة والله العالم. حجة القائل بصحة الاجارة هو إذا كان المراد بالتطبيق المأخوذ شرطاً فإن الصحة حينئذٍ يكفي فيها احتمال إمكانه أي إمكان التطبيق. وحكي عن المختلف في توجيه ما اختاره من الصحة، بأن الغرض إنما يتعلق بفعله تلك المدة، وذكر الانطباق للمبالغة إذ لا ثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان، والفرغ أمر يمكن لا غرر فيه، فعلى هذا إن فرغ قبل آخر الزمان ملك الاجرة لحصول الغرض وهو التعجيل ولا يجب شيء آخر، وان 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 اليه في إمكان الركوب من الوصل والقتب وآلته والحزام والزام، وفي رفع الحمل وشده تردد، أظهره اللزوم»، وجه التردد من قضاء العادة به، ومن عدم ذلك إلا بالشرط.

حجة 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 حظه ورفع الأحمال وشدها وحظها والقائد والسائق، نعم قيّد ذلك فيها أي العادة. وعن التذكرة أنه أطلق القول بوجود هذه الأشياء إذا كانت في الذمة وعنده إن كانت معيّنة، وفي اللمعة: الأقوى الرجوع فيه الى العرف.

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

حجة القائل بعدم اللزوم مطلقاً إلا مع الشرط، هو ما حكي عن التحرير أنه يلزم إذا اشترط المستأجر مصاحبة الموجر، وأما إذا أخرج الدابة ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب. وعن ثاني الشهيدان إن هذه الأشياء تجب مع اشتراط المصاحبة أو قضاء العادة بها أو كانت الاجارة في الذمة، أما لو كانت مخصوصة بدابة معيّنة 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 شرعي يقتضيه، وقد تقدّم في باب البيع فيما يندرج في المبيع ما له نفع تام في المقام، بل هما من وادٍ 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 معيّنة باذن الزوج، فإن لم يأذن فيه تردّد، والجواز أشبه»، وجه التردّد من أصالة الصحة وعموم الوفاء بالعقد، ومن عدم الدليل على الصحة.

حجة القائل بصحة استئجار المرأة للرضاع هو أصالة الصحة، وعموم الوفاء

بالعقد، ولأنها مالكة للمنافع التي لا تعلق للزوج بها فلها نقلها الى الغير، ومتى منع شيئاً من حقوق الزوج فله فسخ العقد لا أنه يقع باطلاً كما قيل نقلاً عن العلامة كما في المسالك .

و الجواز أشبه إذا لم يمنع الرضاع حقه كما اختار المصنف رحمه الله وفاقاً للكركي والفاضل وثاني الشهيدين، للأصل السالم عن معارضة ما سمعت، بعد فرض وقوع الاجارة حال عدم معارضة 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...، الى ما ذكره في الجواهر.

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

ج ٢ ص ١٨٥ قوله رحمه الله: «وهل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه؟ قيل: نعم، وفيه تردد.»، وجه التردد من أن بيت المرضعة أسهل، ومن أن بيت الولي أوثق له. حجة القائل بالاشتراط في عقد اجارة الرضاع هو أن حكم الاستئجار للإرضاع ثابت على خلاف الأصل، لأن الأصل في متعلق الايجار الأعيان ليستوفى منها المنافع. وفي المسالك: الأقوى الاشتراط، وكذا القول في كل موضع يختلف فيه الفعل، وقال به الفاضل في قواعده والمحكي من تذكرته وثاني المحققين والشهيدين ومحكي المبسوط والوسيلة لاختلاف المحال في السهولة والصعوبة والوثاقة في الحفظ وعدمه وغير ذلك .

حجة القائل بعدم الاشتراط وأن الاجارة صحيحة بدونها هو الأصل عدم الاشتراط، ولأنه من تفاوت الأغراض لا مما يتوقف عليه ارتفاع الجهالة في الاجارة، ولذا لا يعتبر التعرض له في باقي الأعمال المتفاوتة بالنسبة الى ذلك، بل لعلّه هذا هو الأقوى وحينئذٍ فلها فراغ ذمتها في أي مكان كما في الجواهر.

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

حجة القائل بالجواز هو أنه يشتمل على منفعة متقومة وعقلائية كتعليم الصنعة المحكمة منه كما يجوز استئجار كتاب فيه خط جيد للتعلّم منه لأنه فيه غرضاً صحيحاً. وقال بالجواز ابن ادریس واختاره في التنقيح واستحسنه في المسالك مع توقف تحصيل المنفعة على الاستئجار، وفي الجواهر، الحق الجواز مع عدم السفه.

حجة القائل بعدم الجواز هو أن ذلك يمكن استفادته بدون إذن المالك، كما يجوز الاستئجار لحائطه بدون الاذن وهذا يفرق بين الحائط والكتاب. وقال بالمنع في محكي الخلاف والمبسوط للسفه ولأنها منفعة ليس للمالك منعها كالاستئجار بالحائط.

ج ٢ ص ١٨٦ قوله رحمه الله: «فلو آجر عبداً أبقأ لم تصح ولو ضمّ اليه شيء، وفيه تردد.»، ينشأ التردد من عدم القدرة على تسليم المنفعة، ومن جواز بيعه مع الضميمة.

حجة القائل بعدم صحة الاجارة هو أنه قياس الاجارة على البيع وهو محرّم عندنا، ولأنّ المالك غير قادر على تسليم المنفعة للمستأجر. وكذا تردد في السرائر والتذكرة وأطلق المنع في الدروس.

حجة القائل بصحة الاجارة هو أنّ بيعه مع الضميمة جائز للنص، وكذا

اجارته بطريق أولى لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله البيع. وفي القواعد قيد المنع مع عدم الضميمة مفهومه صحة اجارته معها، وهو الذي اختاره الشهيد محتجاً بالأولية، وفي المسالك: الأولى الاقتصار بالحكم على موضع النص والوفاق، نعم لو كان المستأجر يتمكن 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 يلتزم ويطالب المؤجر بالتفاوت؟ فيه تردد، والأظهر نعم.»، وجه التردد من عدم بطلان الاجارة إلا بالفسخ، ومن بطلان الاجارة.

حجة القائل باللزوم وعدم الانفساخ هو الأصل، وله المطالبة بالتفاوت بين المسمى واجرة المثل وليس له إلا المنفعة التي قد فوتها عليه المالك الغاصب فله قيمتها. كما أن للموَجَّر المسمى إلا أنه لما كانت الاجارة من عقود المعاوضة التي تقتضي عوضية ملك بملك وقبضاً بقبض، إلا أن الثاني - أي القبض - لما كان غير معتبر في الصحة - أي في صحة العقد - يجبره الشارع بالخيار ما لم يكن تلفاً سماوياً، لأنه خارج بالنص كما في الجواهر، واستظهره المصنّف.

حجة القائل بسقوط الاجرة وانفساخ العقد تنزيلاً له منزلة التلف قبل القبض المقتضي للانفساخ في البيع وفي المقام لتعدّر تحقق المعاوضة حينئذٍ، فكما أنه مع التلف ليس له غير الاجرة المسماة فكذا هنا، واختار هذا الاحتمال في التذكرة لكن قيده بمنع الموجر المستأجر من العين من غير أن يستوفي المنافع وقرب ثبوت الخيار لو استوفى.

وما اختاره المصنّف من التخيير حسن كما في المسالك، لأن المنفعة صارت حقه فغصبها الموجر فيجب عليه عوضها كالأجنبي، فيتخير المستأجر بين الفسخ فيسقط المسمى ولا رجوع حينئذٍ 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 انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الاجارة، إلا أن يعيده صاحبه ويمكّنه منه، وفيه تردّد.»، منشأ التردّد من أصالة اللزوم، ومن ثبوت الخيار بالانهدام.

حجّة القائل بلزوم الاجارة هو الأصل إذا أعاده صاحبه بسرعة ومكّنه منه على وجه لم يفت الانتفاع بل كان موصولاً بعضه ببعض لعدم التضرّر حينئذٍ فيبقى أصل اللزوم بحاله، ومع ذلك تردّد به المصنّف مما ذكر ومن ثبوت الخيار بمجرد الانهدام فيستصحب، بل اختاره في جامع المقاصد وقوّاه في المسالك، وإن ناقش فيه صاحب الجواهر ومنع ثبوت الخيار بمجرد الانهدام من حيث كونه انهداماً وإن لم يفت شيء من المنفعة على وجه تنقطع به أصالة اللزوم، اللهم إلا أن يستبعد الغرض وهو خروج عن محلّ النزاع.

حجّة القائل بانفساخ الاجارة اذا فات أصل الانتفاع ولم يكن اعادته لتعذر المستأجر عليه فله المسمى حينئذٍ مافات من المنفعة، وإن لم يفت أصل الانتفاع وأمكن إزالته كان للمستأجر الفسخ مع فوات بعض المنفعة للتعب بالتبعض.

أقول: اذا بادر المجرى الى تعميها ولم يفت الانتفاع أصلاً فالقول بعدم الفسخ وحتى البطلان لا يخلو من قوة والله العالم بالصواب.

في أحكام الاجارة

ج ٢ ص ١٨٨ قوله رحمه الله: «ولو أجز الوصي صبيّاً مدة يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقن وصحّت في المحتمل ولو اتفق البلوغ فيه، وهل للوصي الفسخ بعد بلوغه؟ قيل: نعم، وفيه تردّد.»، وجه التردّد من أن الولاية قبل البلوغ فله الفسخ، ومن وقوع العقد من أهله في محله فلا فسخ.

حجة القائل بجواز الفسخ هو أنه لما كان زمان الولاية على الصبي ما قبل البلوغ والرشد، فإذا أجره مدة يقطع ببلوغه في أثنائها فإنّ الإجارة تلزم الى وقت الكمال، ثم هي موقوفة على اجازة الصبي، واختاره في المبسوط والقواعد والارشاد والتذكرة والسرائر وقواعد الشهيد وغيرهم من أعظم العلماء، لعدم الولاية في هذا الحال كما في الجواهر.

حجة 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 منافع المستقبل فتكون لوليّه السلطنة عليها، كما أنّ الحكم في أمواله كذلك، ثم قوّى جانب اللزوم ونفوذ تصرف الولي.

أقول: ويمكن أن يعتبر بأنّ المسألة تختلف بالنسبة الى مصالح المولى عليهم، ففي 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 المغايرة وعدمها في الوكالة.

حجة القائل بعدم صحة الوكالة هو اشتراط المغايرة بين الوكيل والمطلقة، وقال به الشيخ وابن ادريس وضعفه في المسالك.

حجة القائل بصحة الوكالة في طلاق نفسها هو الاكتفاء بالمغايرة الاعتبارية، كما اكتفى بها صاحب المسالك، وفي الجواهر: ضرورة اقتضاء عمومات الطلاق الاكتفاء بمثل هذه المغايرة الاعتبارية، نحو ما سمعته في غير المقام من نظائره.

ج ٢ ص ١٩٩ قوله رحمه الله: «وهل يتوكل المسلم للذي على المسلم؟ فيه تردد، والوجه الجواز على كراهية»، وجه التردد من استلزامه السبيل، ومن شهرة الجواز على كراهية.

حجة القائل بالمنع هو أنه من باب السبيل المنفي في الآية الشريفة. وعن ظاهر المفيد والشيخ في النهاية والديلمي وأبي الصلاح وابن زهرة المنع، بل عن الأخير منهم الاجماع عليه، وربما يرشد اليه ما في المحكي عن المختلف: ويكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم، ولم يكره ذلك أحد من الفقهاء دليلنا اجماع الفرقة، ولأنه لا دليل على جوازه، ففي العبارة الأخيرة إشعار بإرادة الحرمة من الكراهية.

حجة القائل بالجواز على كراهية هو العموم السالم عن معارضة ما يقتضي المنع، حتى الآية الشريفة^١ فإنه ليس إثبات سبيل للكافر، بل لعل مراد الجميع الكراهة. وعن المبسوط: يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم، وقال بالجواز على كراهه عامة المتأخرين وهو المشهور.

أقول: القول بالجواز مع الكراهه طريق الجمع بينه وبين حجة المانع والله أعلم.

فيما به تثبت الوكالة

ج ٢ ص ٢٠٢ قوله رحمه الله: «ولو اختلفا في لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال: وكلتك، ويشهد الآخر أنه قال: استنتك، لم تقبل لأنها شهادة على عقدين إذ صيغة كل واحد منها مخالفة للاخرى، وفيه تردد»، وجه التردد من أنها شهادة على عقدين فلا تقبل، ومن أن الوقت واحد والعبارة مختلفة، فيجوز.

حجة القائل بالمنع هو أن الشاهدين بالوكالة إذا اختلف تاريخ ما شهدا به لم يثبت الوكالة بذلك، لأن كل صيغة واقعة في وقت منها لم يقم بها شاهدان وإحدهما غير الاخرى، فمع اختلاف العبارة يقتضي تعدد الانشاءات كما لو تعدد الوقت وإن اتفقت العبارة، هذا هو المشهور.

حجة القائل بالجواز هو أن مرجعه الى أنها شهدا في وقتين يدل على أن اختلاف الوقت في العقد نفسه لا يضر لأنه فرض المسألة في اختلافها في نفس العقد، وإنما يضر لو تكافيا في لفظه بأن شهد أحدهما أن العقد الواقع منه في الوقت المعين كان بلفظ وكلتك وشهد الآخر أنه بعينه كان بلفظ استنتك، وهنا لا إشكال في عدم الثبوت. والذي يظهر من العبارة إن ما عدا صورة

التناقض المحض 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 تردّد ، منشأ التردّد من أن الدين كالعين فلا يؤمر بالتسليم ، ومن أن تصديق الغريم يقتضي وجوب التسليم من مال نفسه .

حجة القائل بعدم الأمر بالتسليم هو مساواة الدين للعين ، لأن تسليمه إنما يكون عن الموكل ولا ينفذ اقرار الغريم عليه باستحقاق غيره لقبض حقه ، ولأنه 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 ، ولأن 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 والفاضل في الارشاد ووالده والكاشاني الى آخر ما هناك وفي المسالك أيضاً .

حجة القائل بأنه يؤمر بالتسليم مع تصديق الغريم هو أنه يقتضي وجوب التسليم من مال نفسه ، واذا أنكر من له ذلك - أي الغائب - فهو على حجته فلا أثر له في ذلك ، فلا مانع من نفوذه لعموم « اقرار العقلاء على أنفسهم جايز » ، وفي الجواهر : بل لعل الأقوى هنا أنه يؤمر بالتسليم وفاقاً للمحقق الثاني والشهيد الثاني والخراساني وعن الحلبي لاختصاص الاقرار في حقه ، ضرورة أنه يدفع الدين من خالص ماله واذا 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

ضمن، وفيه تردّد»، ينشأ التردّد من أنه تفريط، ومن الأصل عدم الضمان. حجة القائل بالضمان مع عدم الاشهاد والانكار هو أنه تفريط، كما عن الشيخ والفاضل في جملة من كتبه وولده والشهيدين والمحقق الثاني كما في الجواهر.

حجة القائل بعدم الضمان هو أنه لا يصدق عرفاً أنه تفريط لا أقل من الشك والأصل عدم الضمان، مضافاً الى السيرة في المسألة، لهذا تردّد في المتن. وكذا القواعد بل كأنه قال به في محكي المختلف، بل عن الأردبيليّ الجزم بذلك كما ذكر ذلك صاحب الجواهر.

ج ٢ ص ٢٠٤ قوله رحمه الله: «إذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز، وفيه تردّد»، وجه التردّد من وجود المقتضي وهو الاذن، ومن احتمال التهمة. حجة القائل بالجواز هو وجود المقتضي وهو اذن 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 المتأخرين، بل عن التذكرة الاجماع عليه في ثلاث مواضع لاطلاق الأدلة وعمومها وخصوص ماورد منه في الجد والأب والوصي كما في الجواهر، وفي المسالك لا ريب في قوة جانب الجواز.

حجة القائل بالمانع هو التهمة، ولأنه يصير موجباً قابلاً عند المانع عنه، ولأنّ المنساق من الأدلة التغاير بين الموجب والقابل لا أقل من الشك والأصل عدم ترتب الأثر. ولذا حكي الخلاف فيه عن جماعة، بل عن غاية المراد نسبتته الى كثير من أصحابنا.

في التنازع

ج ٢ ص ٢٠٦ قوله رحمه الله: «لو وكّله بقبض دينه من غريم له، فأقرّ الوكيل بالقبض

وصدقَه الغريم وأنكر الموكل، فالقول قول الموكل، وفيه تردد.»، وجه التردد من الاختلاف في فعل الوكيل فيقدم قوله، ومن أصالة بقاء حق الموكل عند الغريم. حجة القائل بتقديم قول الوكيل لأنه أمينه فينفذ قوله عليه بدعوى التلف، ولأنَّ الفعل فعله والأقوى تقديم قول الوكيل كما في المسالك.

حجة القائل بتقديم قول الموكل في مقام انكاره القبض لأنَّ الدعوى إنما هي بين المالك الموكل وبين الغريم ولانزاع بينه وبين الوكيل، وليس في الأدلة ما يقتضي إلزام الموكل باقرار الوكيل فيما وكل فيه مع عدم الخصومة معه، وفاقاً للمبسوط والتذكرة والقواعد وغيرها، بل في شرح الصيمري نسبتته إلى فتوى الأصحاب كما ذكره في الجواهر. وفي المسألة مزيد تفصيل فراجع وتأمل والله العالم.

كتاب الوقوف و الصدقات

في شرائط الوقف

ج ٢ ص ٢١٣ قوله رحمه الله: «ويعتبر فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف، وفي وقف من بلغ عشرين تردّد»، منشأ التردّد من أنّ المروي جواز صدقته، ومن أنه محجور عليه.

حجّة القائل بجواز صحة وقف من بلغ عشرين هو فتوى الأصحاب بجواز صدقته، والوقف صدقة كما تقدم فيكون داخلياً كما في التنقيح. وأما الرواية المشار إليها عن زرارة عن الباقر عليه السّلام ومثلها عن زرعة عن سماعة عن الصادق عليه السّلام «قال: إذا أتى على الغلام عشرين سنين فإنه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز»^١.

وعن وصايا النهاية والمهذب، بل في جامع المقاصد في الوكالة: إنّ المشهور جواز تصرفه في الوصية والعتق والصدقة، ولأنّ الوقف بعض أفراد الصدقة، فعّد الشيخ وجماعة الحكم الى الوقف نظراً الى هذا المعنى أي الصدقة بالمعنى الأعم. وموثق جميل بن دراج عن أحدهما عليهما السّلام «قال عليه السّلام: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم»^٢، وعن الحلبي وابن مسلم عن أبي عبدالله عليه السّلام «قال: سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتلم، قال: نعم إذا وضعها في موضع الصدقة»^٣، لهذا قال المصنّف بعد تردّد: المروي جواز صدقته، والله أعلم.

حجّة القائل بعدم صحة وقف من بلغ عشر سنين هو اطلاقات الأدلة الدالة على الحجر على الغلام والجارية قبل البلوغ، التي منها: قوله صلى الله عليه وآله «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم»^١، بل وقوله تعالى «وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم معهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم»^٢، فإنه قبل البلوغ والرشد لا يدفع اليه ماله، أي إنه محجور عن التصرف فيه فكيف يمكنه الوقف؟!

وفي التنقيح: ولم ترد رواية بالصریح في جواز وقفه. والحق ما قاله المصنّف وهو المنع من وقفه، أمّا أولاً: فلكون الوقف تصرفاً مالياً والحجر عليه يمنع ذلك. وأمّا ثانياً: فلضعف سماعه.

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 لو وقف 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 أنّ شرط الموقوف عليه أن يكون موجوداً حال الوقف ويملك. وفي الجواهر: المنع أشبه بأصول المذهب وقواعده، ولا أقلّ من أن يكون الوقف المفروض في محلّ شك من الصحة وعدمها في تناول الأدلة لمثله ولو للاطلاقات والعمومات، فعند الشك الأصل الفساد.

١- الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث ١١.

٢- سورة النساء، الآية ٦.

ولا يخفى أنّ بناء جميع ما سمعته من الأصحاب في المنع على خلو الوقف عن موقوف عليه، ولا ريب في كون ذلك مانعاً ومنافياً لتنجيز الوقف من غير فرق بين ابتداء الوقف وفي أثنائه وفي آخره، مما عساه يظهر من المصنّف 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 مجهول ثم على من يملك من أولاده أو الفقراء، بل فيما بدء به وصحّ في حق الباقيين، وهو مبني على صحة تفريق الصفقة. كما حكى عن خلاف الشيخ ومبسوط وعن 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 موقوفاً عليه. وعلى هذا فيصح الوقف على القابل ويبطل على الناقد لشرط الصحة.

ج ٢ ص ٢١٦ قوله رحمه الله: «وكذا يصحّ على المرتد في الحربي تردّد، أشبه المنع»، وجه التردّد من اطلاق أدلة الوقوف، ومن أنه تقوية لهم.

حجّة القائل بالجواز هو اطلاق أدلة الوقوف على حسب وقفها أهلها. وبأنّ الرسول صلّى الله عليه وآله أبرّ جماعة من الكفار كابنة حاتم وصفوان بن أميّة وأبي العاص بن الربيع. وكذلك الامام علي عليه السّلام أبرّ أصحاب معاوية وهم محاربون بأن ترك الماء لهم. وكذلك الحسين عليه السّلام في أصحاب الحر الرياحي، بل في القرآن الكريم «وإنّ جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً»، ولا شبهة أن كل معروف جائز إلا ما خرج بالدليل، والوقف من جملة البر والمعروف فالمناط والاطلاق يشملانه. هذا بالاضافة الى مثل قوله عليه السّلام «أكرم الضيف ولو كان كافراً»، وقوله عليه السّلام «لكل كبد حرّاً أجر»، الى غير هذا من الاطلاقات والعمومات.

حجة القائل بالمنع وعدم الجواز هو أنه تقوية لهم، وذلك غير جائز. وبأنه خلاف من أظهر مصاديق المواذة قال تعالى: «لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله»، وقوله تعالى: «أشداء على الكفار»، إلى غيرها من الآيات.

وأن الوقف يحتاج إلى القرية ولا قرية في الوقف على المحارب. فالأدلة منصرفة عن مثله. هذا وأن الحربي يجب قتله فلا تجوز إعانته. ولأنه لا يملك مال المسلم وشرط الوقف إمكان الملك.

أقول: وهذا هو الظاهر وعليه المشهور، إذ أدلة الجواز لا تكفي ردّاً لهذه الأدلة. وفي المسألة مزيد تفصيل، فراجع وتأمل والله أعلم.

في شرائط الوقف

ج ٢ ص ٢١٧ قوله رحمه الله: «ولو وقف على أولاده الأصغر كان قبضه قبضاً عنهم. وكذا الجدة للأب وفي الوصي تردد، أظهره الصحة»، منشأ التردد من أنه كالولي، ومن ضعف يد الوصي.

حجة القائل بصحة قبض الوصي هو أنه كالولي. والظاهر عدم الحاجة إلى قبض الولي إذا كان الوقف تحت يده، إذ القبض حاصل فعلاً، ولا دليل على لزوم انشائه لأن ظاهر أدلة القبض وقوع الشيء تحت يد المتولي وأن أصل الولاية كاف في ذلك.

والمعتبر هو تحقق كونه تحت يد الواقف مضافاً إلى ولايته على الموقوف عليه فتكون يده كيده. ولا يظهر لضعف اليد أثر في ذلك كما في المسالك واستظهره المصنف رحمه الله.

أقول: القول بالصحة لا يخلو من قوة فتأمل فيه.

حجة القائل بعدم صحة قبض الوصي هو إشكال اتحاد الموجب والقابل، وذلك خلاف ظاهر الأدلة الواردة في الموجب والقابل فاللازم تعددهما في كل الأبواب البيع والنكاح والقبض وغيرها، وإنما خرج الأب والجد في باب الوقف وغيره لوجود الدليل الدال على كفاية كون المال تحت يد الأب 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 رحمه الله: «وليس كذلك افتكاكه فإنه إزالة للرق شرعاً فيسري في باقيه فيضمن الشريك القيمة، لأنه يجري مجرى الاتلاف، وفيه تردد»، وجه التردد من سراية العتق، ومن عدم تبدل الوقف فلا سراية. حجة القائل بالسراية هو قوله عليه السلام «من أعتق شخصاً من عبد وله مال قوم عليه الباقي»^١، والعموم يشمل الوقف وغيره، وعلى هذا فيسري في الباقي ويضمن الشريك القيمة، لأنه يجري مجرى الاتلاف الموجب للضمان. وكيف كان فالقول بالسراية لا يخلو من قوة وفي المسألة زيادة تفصيل في محلها. حجة القائل بعدم السراية هو أن الوقف لا يبدل، ولأن العتق يحتاج إلى الملك لقوله عليه السلام «لا عتق إلا في ملك». ومن المعلوم أن الموقوف لا يملك. وإن ظهر أدلة الوقف في بناء العين على وجه لا يؤثر في تغييرها عنه السبب الاختياري كالبيع ودونه كالهبة ولا القهري كالارث. بل لعل 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 مباشرة أقوى من العتق بالسراية وهو المشهور بين الأكثر، بل كاديكون
اجماعاً كما في المسالك .

ج ٢ ص ٢٢١ قوله رحمه الله: «إذا آجر البطنُ الأوّل الوقف مدة، ثم انقضوا في اثنتاهما،
فان قلنا: الموت... يُبطل الاجارة فلا كلام، وان لم نقل فهل يبطل هنا؟ فيه تردد، أظهره
البطلان.»، منشأ التردد من اطلاق ما دلّ على صحة الاجارة، ومن انكشاف
دخول غير ما لهم من المدة في صلاتهم.

حجة القائل بعدم بطلان الاجارة هو أنها نافذة مطلقاً. قالوا لأنّ حال
الوقف حال الملك، لأنّ المنفعة ملك الموقوف عليه ملكاً مطلقاً والناس مسلّطون
على أموالهم، ويشمله عموم ما دلّ على صحة الاجارة ولزومها.

نعم اذا كان البطن المؤخر ناظراً على الوقف و آجر بمصلحة الوقف لا
لمصلحة لم يبطل. وكذا لو كان الموجر هو الناظر ولم يكن موقوفاً عليه. وقول آخر
لصحة الاجارة هو أن المقدار الزائد على عمر البطن الموجر يتوقف على الاجارة،
وهذا مشهور لاطلاق أدلة العقد وأدلة الفضيولي. واحتياج الفضيولي الى المجيز في
حال العقد خال عن الدليل كما حقق في محله.

حجة القائل ببطلان الاجارة هو أن ليست ملكهم مطلقاً بل ملكهم ماداموا
أحياء، لأنّه مفروض كونه للبطن، وإلا كان لبعض البطون دون بعض وهو
خلف. هذا هو الفرق بين اجارة المالك للملكه واجارة الموقوف عليه مع اشتراكهما
في ايقاع عقد لازم من الطرفين ومن شأنه أنه لا يبطل بالموت.

ووجه الفرق: إن ملك الموقوف عليه غير تام، فإنّ باقي البطون لهم
استحقاق في الملك بأصل الصيغة لا بالتلقي عن الموقوف عليه بحيث لو تصرف
قبل الانتقال صح فبموت المؤجر من البطون تبين انتهاء حقه بموته فيكون اجارته
بالنسبة الى بقية المدة تصرفاً في حق غيره فيتوقف على اجازته، بخلاف اجارة
المالك فان له نقل ماله صحيحاً واتلافه كيف شاء من غير مراعاة الوارث.

وقال بالبطلان في الخلاف والتذكرة والدروس والايضاح وغيرهم من العلماء -رضي الله عنهم- والمراد 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، وتنعق بموته وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون، وفيه تردد.»، وجه التردد من استحاله ثبوت العوض عليه نفسه، ومن أن الواطئ متلف لها فيلزمه ضمانها في تركته.

حجة القائل بالأول أي صيرورتها أم ولد وتؤخذ القيمة من تركته لباقي البطون، لأنها يصير كأحد مماليكه لتحقق علوقها منه في ملكه وهو سبب صيرورتها أم ولد بالنص والاجماع، كما في المسالك، وكما عن ظاهر التذكرة وشرح الارشاد للتنجز والايضاح.

وعلى تقدير صيرورتها أم ولد فلا خلاف في ترتب الحكمين المزبورين وهما الانعتاق وأخذ القيمة من تركته كما في الجواهر، بل عن التذكرة والايضاح الاتفاق على ذلك، بل عن المبسوط: إن الناس متسالمون على أخذ قيمتها من تركته وإنما الخلاف فيما يعمل بالقيمة.

هذا ليس محل كلامنا وله محل آخر من كتب الفقه المطولة فراجع وتأمل والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بالثاني هو عدم سببية الاستيلاء للانفاق مع ظهور الأدلة في عدم تغيير الوقف بالأسباب الاختيارية والقهرية، مضافاً الى خصوص استصحاب بناء حكم الوقف لزومه ودوامه المقدم على عموم الاستيلاء، والسلام عن معارضته بعد معارضته بعمومات الوقف. وهذا قال ثاني المحققين والشهيدين وخصوصاً بناءً على عدم اقتضاء الملك الوقفي الانعتاق، ولذا صح وقف من ينعق على الموقوف عليه عند بعض كما ذكر صاحب الجواهر أعلى الله مقامه. وفي المسألة تفاصيل أخرى في محلها فراجع وتأمل.

كتاب الهبات

في حكم الهبات

ج ٢ ص ٢٣٢ قوله رحمه الله: «ولولتلف والحال هذه أو عابت لم يضمن الموهوب له، لأن ذلك حدث في ملكه، وفيه تردّد»، وجه التردّد من أنّ الواهب نقص ماله فله أرشه، ومن أنه حال النقص كان مال الموهوب له فلا حقّ عليه.

حجّة القائل بضمان الموهوب له هو أن الواهب لم يعطه ماله مجاناً حتى يكون النقص غير مضمون، بل النقص مضمون بالمثل أو الشرط. فإذا تعذّر وفاء المتهب بالشرط كان عليه أن يدفع عوض النقص. وتشمله العمومات من «على اليد» أو «الوفاء بالعقد» وغيرهما، ولأنّ الموهوب له يجب عليه أحد الأمرين إما الرد أو دفع العوض، فإذا تعذّر الأوّل وجب الثاني. وقال به ابن الجنيّد من القدماء وبعض المتأخّرين.

ثمّ المراد بالضمان هنا وجوب دفع العوض إذا كان معيناً والمثل أو القيمة إذا كان مطلقاً، لأنّه هو مقتضى الأمر بالوفاء وقوله «المؤمنون عند شروطهم» وغير ذلك مما تقدم سابقاً، لا القيمة على كل حال لأنّ 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 بالضمان لا يخلو من قوة والله سبحانه العالم. حجّة القائل بعدم ضمان الموهوب له هو أن ذلك أي التلف أو النقص حدث في ملك المتهب فلم يلزمه أي لم يلزم الموهوب له ضمانه، ولأنّ المتهب لا يجب عليه دفع العوض كامراً، 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 والنقصان وجد في ملكه وما
حصل في ملكه لا يرجع به عليه، وهذا هو مذهبنا.
و بهذا قال المصنف رحمه الله ثم تردّد، و جزم به العلامة في التذكرة وولده في
الشرح للعلّة 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 المطولة والله سبحانه وليّ
التوفيق وهو خير معين.

كتاب السبق والرماية

في اشتراط المبادرة والمحاطة

ج ٢ ص ٢٣٨ قوله رحمه الله: «وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردّد، الظاهر أنه لا يشترط»، وجه التردّد من أصالة عدم الاشتراط، ومن تفاوت الأغراض في كل واحد منها.

حجّة القائل بعدم الاشتراط هو الأصل، أي أصالة 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 اشتركا فيه. إذ اشتراط السبق انما يكون لاصابة معينة من أصل العدد المشترط في العقد، وذلك يقتضي اكمال العدد كله ليكون الاصابة المعينة منه، فانها اذا عقدا على أن من أصاب خمسة من عشرين كان له كذا فقتضاه رمي كل منها العشرين. والام لم يتحقق كون الخمسة التي حصلت الاصابة بها من العشرين، وذلك هو معنى المحاطة وهو أجود فائدة في الرمي. واستظهره المصنّف رحمه الله وقواه صاحب الجواهر.

وقيل: يحمل اللفظ على المبادرة، لأنها الغالب في المفاضلة، ولأنّ المتبادر من اشتراط السبق لمن أصاب عدداً معيناً استحقاقه إياه متى ثبت له ذلك الوصف. وعلى كل حال لا وجه للاشتراط بعد فرض الانصراف المزبور، نعم لو فرض عدم انصراف الاطلاق اتجه الاشتراط حينئذٍ للغرر، وهذا القول لا يخلو من قوة والله العالم.

حجة القائل بالاشتراط هو اشتراط التعرض في العقد لأحدهما، أي المحاطه والمبادرة، لأن حكم كل واحد منها مخالف للآخر فاذا اهمل بطل العقد لتفاوت الأغراض. وإن من الرماة من تكثر اصابته في الابتداء وتقل في الانتهاء ومنهم بالعكس، وهذا اختيار الفاضل في التذكرة واستجوده في المسالك.

وفي المبسوط: لا تصح المفاضلة إلا بسبع شرايط وهو: أن يكون الرشق وعدد الاصابة معلوماً، وصفة الاصابة 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 ٢ ص ٢٤٧ قوله رحمه الله: «ولو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما ظنوه وأحلفوا على الزائد، وفيه تردد»، وجه التردد من أن الاجازة تشمل القليل والكثير، ومن عدم تعلق الاجازة بالجميع.

حجة القائل بتعلق الاجازة بالجميع هو أنها تؤثر فيما تعلقت به سواء كان المجيز ظاناً أو قاطعاً أو مجرداً، لعدم مدخلية ذلك في الموضوع. وتقييد الاجازة بالمظنون مع ظهور مفادها في خلافه مخالف للضوابط الشرعية، لأنه يجب الأخذ بظاهر اللفظ الذي له معنى في الواقع كما في الاقرار والنذر وغير ذلك.

و في المسالك الرجوع الى قولهم رجوع عن لفظ متيقن الدلالة على معنى يعم الجميع الى دعوى ظن يجوز كذبه.

حجة القائل بتقييد الاجازة بما ظنوه هو: أولاً الأصل عدم الزيادة. وثانياً أن المال مجمل وهو النصف مما يخفى، وأن دعواهم يمكن أن تكون صادقة ولا يمكن الاطلاع عليها إلا من قبلهم، لأن الظن من الامور النفسانية فلولا يرتب عليها أثر مع اليمين لزم الضرر على الورثة لتعدّر اقامة البيّنة على دعواهم. ثم قال في المسالك: والأقوى القبول - أي قبول قولهم - وحينئذ فيدفع الى الموصى له نصف ما ظنوه.

و في الجواهر: وكيف كان فحيث تنزل الاجازة على المظنون ولو للقرائن، يدفع الى الموصى له نصف ما ظنوه وثلث باقي التركة لتنفيذ الوصية في ثلثه. وعدم الاجازة انما أبطل الوصية في الزائد عليه بالنسبة اليه خاصة، بخلاف ما

ظنوه فان الوصية نفذت في ثلثه 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. ويمكن أن يقال أنه يُعطى ثلث الألف دينار بالوصية وسدس الألف درهم بالاجازة، لأنهم لما ظنوا أن التركة ألف درهم فأجازوا الوصية بنصفها فقد ظنوا أن الزائد المجاز سدس الألف درهم فتصلح الاجازة فيه لا غير، فهذا القول متين فتأمل فيه.

فيما لو أوصى باخراج بعض ولده

ج ٢ ص ٢٤٩ قوله رحمه الله: «وهل بلغوا اللفظ فيه تردّد»، ينشأ التردّد من أنه مخالف للقواعد الشرعية، ومن القول بالصحة فيخرج من الثلث. حجة القائل بالبطلان هو أنه مخالف للنص القرآني في قوله تعالى «يوصيكم الله في أولادكم»^١، ومخالف للسنّة كما ستسمع، 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 أضرت بولدي أو سرقتم ذلك المال»^٣، وفي حديث «أضرت بورثتي».

وعن مسعدة بن صدقة عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهم السلام «قال: من عدل في وصيته كان كمن تصدّق بها في حياته، ومن جار في وصيته لقي الله

١- سورة النساء آية ١١ .

٢- الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام الوصايا الحديث ٣ .

٣- الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام الوصايا الحديث ١ .

عز وجل يوم القيامة وهو عنه معرض»^١.

والصحيح عن سعد بن سعد «قال: سألته -يعني أبا الحسن الرضا عليه السلام- عن رجل كان له ابن يدعيه فنفاه وأخرجه من الميراث، وأنا وصيته فكيف أصنع؟ فقال عليه السلام: لزمه الولد لإقراره بالمشهد، لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه»^٢، الى غير ذلك من الأخبار.

وعليه الأكثر كما عن المسالك والكفاية، أو المشهور كما عن المختلف والايضاح والمهذب البارع، أو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً كما في الجواهر، أو أنه الذي عليه الأصحاب المشعر بالاجماع كما عن المقتصر، خلافاً لمن عمل برواية السري التي حكم بمضمونها الصدوق وهي قبضة خاصة.

أقول: الآية وهذه الروايات بضميمة ما تقدم تدلّ على المنع عن مطلق إخراج الموصي ورثته وإن لم يكونوا أولاداً.

حجة القائل بعدم البطلان هو أنّ اللفظ غير لاغبي بل حكمه حكم من أوصى بجميع ماله، فلفظه صحيح إلا أنه ينفذ من الثلث خاصة دون غيره إن لم يجز الورثة، أي أنها وصية باخراجه من الثلث فيكون الثلث كباقي الورثة، فهو المحكي عن المختلف وعن الخراساني أنه استظهره.

و في الجواهر قد يقال له أن الوصية بالاخراج وإن لم تكن وصية بالباقي للباقي لكنها نفسها وصية، ضرورة عدم الفرق فيها بين الأمر والنهي والاعطاء وعدمه في نفوذ جميع ما أوصى به من الثلث. فهو كما لو صرح باخراجه من الثلث فإنه لا اشكال في اختصاص غيره من الورثة به، لا الوصية به لهم بل لإخراج الولد مثلاً منه فيبقى إرثاً لغيره، الى آخر كلامه رفع مقامه والله أعلم.

١- الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام الوصايا الحديث ٢.

٢- المصدر الباب ٩٠ من ابواب احكام الوصايا الحديث ١.

في الاشهاد على الوصية

ج ٢ ص ٢٥١ قوله رحمه الله: «وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين فيه تردد، أظهره المنع»، وجه التردد من أنه ليس مالاً ولا يقصد به المال، ومن أنه إرفاق وتيسير. حجة القائل بعدم قبول الشهادة بشاهد ويمين هو أنّ ضابط قبول شهادة الشاهد مع اليمين 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 إنّ النصوص متفقة الدلالة على انحصار قبولها في الحقوق المالية.

حجة القائل بقبول الشهادة مع اليمين هو أن الأقوال في المسألة ثلاثة: الأول أن ثبوت الحق بشاهد ويمين يختص بالدين. الثاني أنه يختص بالمال مطلقاً أعم من الدين وهو المشهور. الثالث أنه يثبت بهما مطلق حقوق الناس سواء كانت من قبيل الأموال أم كانت من غيرها كالطلاق والعتق والخلع والتدبير وما شاكل ذلك، ومال إلى هذا القول السبزواري وصاحب الجواهر. هذا وإطلاق الأدلة يعلم منه قبول شهادة العدل الواحد مع اليمين في الوصية بالمال أو الولاية المستلزمة له، بل مطلق الحقوق، كما جاء في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «قال: لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله تعالى أو رؤية الهلال فلا»^١، واستقر الثبوت السيد اليزدي في العروة الوثقى.

أقول: لا يبعد ثبوتها بهما إذا تضمنت الشهادة المال والله سبحانه أعلم.

في الموصى له

ج ٢ ص ٢٥٣ قوله رحمه الله: «وفي الوصية للحري تردّد، أظهره المنع»، وجه التردّد من عموم الوصية واطلاقها، ومن النهي عن موادة الكفار.

حجة القائل بصحة الوصية للكافر مطلقاً سواء كان رحماً أم أجنبياً هو اطلاق أدلة الوصية، وما دلّ على وجوب انفاد الوصية وحرمة تبديلها، وأنها على حسب ما أوصى به الموصي. والنصوص التي سنذكرها مستفيضة على انفاد الوصية ولو كان الموصى له يهودياً أو نصرانياً. وقد ذهب الى ذلك اطلاق السرائر والجامع وصريح غاية المراد والمسالك، ونفى عنه البعد في الكفاية كما في مفتاح الكرامة، بل عن مجمع البيان دعوى الاجماع على جواز أن يبرّ الرجل من يشاء من أهل الحرب قرابة كان أو غير قرابة.

ففي صحيح محمد بن مسلم «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله؟ قال: أعطه إن أوصى له به وإن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله عزّ وجل يقول «فمن بدّله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدّلونه»^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 الى قوم من أصحابنا مسلمين، فقال: امض الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى «فإنما إثمه على الذين يبدّلونه»^٢، الى غير هذا من الروايات كما لا يخفى على من راجع الوسائل والمستدرک.

وفي الجواهر قال: ومما عرفت يظهر لك قوة القول بالجواز مطلقاً، من غير فرق بين الحربي وغيره والقريب وغيره.

١ - الوسائل الباب ٣٢ من ابواب احكام الوصايا الحديث ١ .

٢ - الوسائل الباب ٣٥ من ابواب احكام 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 العالم. 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 إذا كانوا حربين. وقوله تعالى «انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم. الى قوله: أن تتولّوهم»^٢.

وبأنّ الحربي غير قابل للملك، وبأنه وما معه ملك للمسلم. وبأنه لو صحت الوصية وجب تنفيذها، وهو مناف لما دلّ على أخذ المال من الحربي، ولجملة من الروايات المذكورة في محلها بضميمة أنّ الكافر الحربي يصرف الموصى به الى المحرمات، وأنّه من الاعانة على الاثم وتقوية الباطل، وبأنه يشتري به السلاح، ويحرم بيع السلاح من المحارب، الى غير ذلك من المؤيدات والله سبحانه العالم.

في الأوصياء

ج ٢ ص ٢٥٦ قوله رحمه الله: «أما لومات أوفسق لم يضم الحاكم الى الآخر وجازله 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 لمانع من جنون أو فسق أو موت وغيره. فالوصي الآخر يستقل بالعمل بالوصية من غير أن يضم الحاكم الشرعي اليه بدلاً، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي. وقد ذهب

١ - سورة المجادلة آية ٢٢ .

٢ - سورة الممتحنة آية ٩ .

الى هذا الرأي المصنّف رحمه الله وإن تردّد به، وذهب اليه اكثر الأصحاب على ما في محكي الشرائع للصيمري والكفاية ذكره صاحب الجواهر. وفي الخلاف: وإن مات أحدهما فليس للحاكم أن ينصب وصياً آخر لأن الميّت له وصي ثابت، وهو وجه من وجوه ما ذكره والله أعلم.

حجّة القائل بعدم جواز انفراد الوصي هو: أن الموصي لم يرض برأي أحدهما منفرداً فتصرفه وحده منافٍ لمقصود الموصي. وأيضاً منعه من انتفاء ولاية الحاكم مع مطلق الوصي، بل مع المنفرد لأن ولاية الحاكم تتعلق بما لا يشرع انفاذه لغيره من أحكام الميّت هنا، وهو هنا موجود. ويمكن أن يدعى أن أحد الوصيين على الاجماع ليس وصياً حقيقياً بل جزء وصي والأقوى وجوب الضم، وليس للحاكم أن يفوض اليه وحده كما في المسالك. ومن هنا كان ذلك خيرة الفاضل في قواعده ومحكي ارشاده وتخريبه والشهيدين وفاضل الرياض، بل هو المحكي عن فخرالدين 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 شرائه لنفسه من نفسه تردّد، أشبهه الجواز».

وجه التردّد من أنه بيع صدر من أهله في محله، ومن أن الواحد لا يكون موجباً قابلاً.

حجّة القائل بالجواز هو المشهور، ووجود المقتضي وانتفاء المانع، وصدور العقد من أهله في محله فتشمله العمومات والاطلاقات، وأنه ولي فلا يمنع عن عمله الذي فيه صلاح أو عدم الفساد.

و يؤيده ما رواه المشايخ الثلاثة عن الهمداني «قال: كتبت مع محمد بن يحيى هل للوصي أن يشتري من مال الميّت إذا بيع فيمن زاد يزيد ويأخذ

لنفسه؟ قال عليه السلام: يجوز إذا اشترى صحيحاً^١.
ويؤيده ما دلّ على اشتراء الأب من مال ولده وأنه يجوز في النكاح في
المقام أولى، للاحتياط في النكاح بما لا يحتاط بمثله 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 الى ماله سواء لنفسه أو لغيره، وهذا لا يخلو من
قوة والله سبحانه العالم.

حجة القائل بعدم الجواز هو وجوب التباين بين الموجب والقابل، وهو في
المقام مفقود. وقياسه على شراء الأب من مال ولده قياس.

ولما روي عن ابن مسعود من «أن رجلاً أوصى الى رجل ببيع فرس له
فاشتراه الوصي لنفسه واستفتى عبدالله 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 الى
إذن شرعي.

حجة القائل بجواز تولي المؤمنين انفاذ الوصية تعذر الحاكم هو من باب
الحسبة والمعاونة على البر والتقوى المأمور بها في قوله تعالى «وتعاونوا على البر
والتقوى»^٣.

١ - الوسائل باب ٨٩ من ابواب احكام الوصايا الحديث ١.

٢ - المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢٣٨.

٣ - سورة المائدة الآية ٣.

و في الجواهر: هذا هو المشهور بين الأصحاب من ثبوت الولاية لهم على مثل ذلك، للمعتبرة المستفيضة^١ المؤيدة بما دلّ على الحسبة وحسن الاحسان^٢، وولاية المؤمنين بعضهم على بعض^٣ وغير ذلك. خرج منه ما أجمع على عدم ولايتهم، فيبقى الباقي داخلاً في العموم ومنه ما نحن فيه، ولأن ذلك من المعروف ودليل الاذن فيه الأمر بالمعروف، وهذا كافٍ في الاذن الشرعي ادعي عدم وجوده كما سبق، وهو اختيار الشيخ في النهاية^٤ قال: اذا مات انسان من غير وصية 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 التنقيح الرائع. أقول: القول بالجواز لا يخلو من قوة وفيه روايات تدلّ على ما نحن فيه والله سبحانه العالم.

حجة 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 فالأمر فيه الى فقهاء شيعة من ذوي الرأي والصلاح، فانهم عليهم السلام قدولّوهم هذه الامور، ولا يجوز لمن ليس بفقهاء أن يتولى ذلك وإن كان ثقة. وفي المسألة مزيد بيان تركناه خوف التحويل والله سبحانه أعلم.

في اللواحق

ج ٢ ص ٢٦٠ قوله رحمه الله: «إذا أوصى له بدار فانهدمت وصارت براحاً، ثم مات

١- الوسائل الباب ٨٨ من ابواب احكام الوصايا حديث ٢٠١.

٢- سورة المائدة آية ٩١.

٣- نفس السورة آية ٧١.

٤- النهاية ٦٠٨.

الموصي بطلت الوصية، لأنها خرجت عن اسم الدار، وفيه تردّد»، وجه التردّد من فوت متعلّق الوصية، ومن بقاء بعض الأجزاء.

حجّة القائل ببطلان الوصية هو فوت متعلقها وهي الدار، لأنها مجموع مركّب من العرصة والسقف وباقي الأجزاء، والمركّب يفوت بفوات بعض أجزائه خصوصاً الموجب لفوات حقيقته فتبطل الوصية، لأنّ الوصية ليست داراً والله أعلم.

حجّة القائل بعدم البطلان هو بقاء بعض الأجزاء المتعلّق حق الموصي له بها. كالعرصة في ضمن المجموع، فلا يفوت البعض بفوات البعض الآخر بعد أن كانت الوصية بكل جزء جزء وإن أداها بالوصية باسم المجموع.

وربما فصل بعضهم: بأنه إن كان الموصي به داراً معيّنة 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 المسمّى. واستحسنه في المسالك كما في الجواهر، ثم أشكل على هذا التفصيل بقوله: ضرورة الاكتفاء في البطلان بانتفاء الموصي به... إلى آخر ما ذكره والله العالم بالصواب.

ج ٢ ص ٢٦٢ قوله رحمه الله: «وفي ثبوت المثل تردّد»، وجه التردّد من أنّ النكاح لا يكون بدون مهر، ومن أنّ المهر حقّ الورثة.

حجّة القائل بثبوت مهر المثل هو: أنّ المهر للذي عيّنه زائداً عن الثلث فيبطل، فيثبت لها مهر المثل ويجري مجرى أرش الجناية 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 لسنا بصدد بيانها. وفي المسالك: أن ثبوت المهر يستلزم الدور الباطل، وفيه تفاصيل

تطلب من محلّها من كتب الفقه المطوّلة والله سبحانه العالم.
 حجّة القائل بعدم ثبوت مهر المثل لأنه حقّ الورثة فلا مهر لها أصلاً.
 وفي المسالك: ويمكن أن يريد المصنّف بصحة النكاح ثبوته في المال، فيترتب
 عليه استباحة وطئها بذلك القصد، لأنّه محكوم بصحته إلى الموت، ووجه الصحة
 وجود المقتضي وهو صدور العقد من أهله في محلّه، وانتفاء المانع إذ لا حقّ بغيره
 الآن في رقبته، واحتمل أيضاً 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 لفظان: زوّجتك وأنكحتك، وفي متّعتك تردّد، وجوازه أرجح»، ينشأ التردّد 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 علامة المجاز- لا يقدح، وإلا لقدح فيه لفظ زوّجتك أيضاً، لأنّه مشترك بين الدائم والمنقطع، فاستعماله في الدائم استعمال في غير ما وضع له.

و كما أنّ الدائم لا يستفاد من زوّجتك إلا بضميمة تجرده من الأجل، فكذا يستفاد بمتّعتك، ولذا اختار الجواز في الشرائع والمختصر النافع والقواعد والارشاد، ويشهد له ما ورد من انقلاب المنقطع دائماً إذا لم يذكر فيه الأجل نسياناً، الرواية عن عبدالله بن بكير «قال: قال أبو عبدالله عليه السّلام في حديث: إن سمّي الأجل فهو المتعة، وإن لم يسمّ الأجل فهو نكاح بات»^١ هذا ولا يبعد كفاية لفظ المتعة لإفادته مفهوم النكاح وإن المتعة صالحة للأمرين، والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم الجواز هو أنه لا كلام في كون (متّعت) 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 والمختلف، وفي كشف اللثام نسبته إلى الأكثر، وعن ظاهر السيد في الطرقات الاجماع عليه.

وفي المسالك الاستدلال له بأصالة عدم ترتب الأثر عليه للشك في جوازه، لأنه حقيقة في المنقطع مجاز في الدائم. والعقود اللازمة لا تقع بالمجاز. هذا وأن الفقهاء عيّنوا للعقود اللازمة ألفاظاً تنعقد بها فالنكاح أولى بلا ريب.

وفي الجواهر: لا ريب في أن الاحتياط لا ينبغي تركه، خصوصاً في النكاح الذي فيه شوب العبادات المتعلقة من الشارع، والأصل تحريم الفرج إلى أن يثبت سبب الحلّ شرعاً. هذا وأن الاحتياط سبيل النجاة والله سبحانه العالم.

ج ٢ ص ٢٧٣ قوله رحمه الله: «ولو قال: زوّجت بنتك من فلان، فقال: نعم، فقال الزوج: قبلت، صح لأن نعم يتضمن إعادة السؤال ولولم يعد اللفظ، وفيه تردّد»، وجه التردّد من أن نعم من ألفاظ الجواب، ومن أن جزء العقد غير مذكور.

حجّة القائل بصحة العقد هو ما أشار إليه المصتف من أن نعم من ألفاظ الجواب تحذف بعدها الجملة ويقوم نعم مقامها. فاذا قصد بها الانشاء فقد أوجب لأنه في قوة قوله نعم زوّجت بنتي من فلان، فاذا قيل الزوج تمّ العقد وأفاد المطلوب، لأنه إيجاب وقبول بالصرحة فلا مانع فيه.

وهو المحكي عن الشيخ وابن حمزة والنافع والارشاد واستشكل فيه في القواعد لشمول أدلة العقد باطلاقها، وهذا القول لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم بالصواب.

حجّة القائل بعدم صحة العقد هو أن جزء العقد غير مذكور باللفظ وإن وجد ما يدلّ عليه. وعلل ذلك - أي عدم الصحة - بأنه من قبيل الايقاع بالمجازات المستنكرة عرفاً. لأنّ الحذف والتقدير اعتماداً على السؤال إنما يكون في

الجواب الخبري لا فيما لو قصد الانشاء، فانه يكون ابتداء كلام. واذا كان الانشاء بنحو مستنكر عرفاً لا يصح لأن اطلاق الصحة منزل على العرف. هذا و أن الثابت كون أحد اللفظين أو الألفاظ الثلاثة سبباً في النكاح وهي: زوّجت وأنكحت وامتعت، فيجب الاقتصار عليها، لأن الأسباب لا تقاس ولا يلزم من تمامية السبب في شيء تماميته فيما هو صريح فيه، وهذا هو الأشهر بين الأصحاب. وفي التنقيح النافع: والأولى عدم الوقوع، وهو اختيار العلامة في المختلف ولده.

أقول: الاحتياط سبيل النجاة في مثل هذه الموارد والله العالم.

ج ٢ ص ٢٧٤ قوله رحمه الله: «لا عبرة في النكاح بعبارة الصبي إيجاباً وقبولاً، ولا بعبارة المجنون، وفي السكران الذي لا يعقل تردّد، أظهره أنه لا يصح»، وجه التردّد من كونه كالمجنون، ومن إطلاق الأدلة.

حجة القائل بعدم صحة عقد السكران هو أنه كالمجنون الذي سلب حكم عبارته شرعاً ولو أجاز بعد الافاقه، فانها لا تؤثر فيه للأصل، ولأنّ المعتبر قصد المكلف الى العقد، والغرض عدم القصد حال السكر. والاجازة المتأخرة إنما تؤثر في العقد الصحيح في نفسه لا في الباطل من أصله.

و استظهر المصنّف وجماعة عدم الصحة ولو تعقبته الاجازة، ومع ذلك فيه رواية رفع القلم المشهورة عن علي عليه السلام «أنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع القلم عنها»^١، بناء على شموله لما نحن فيه.

حجة القائل بصحة العقد اذا تعقبته الاجازة بعد افاقته من السكر هو إطلاق الأدلة السالم عن معارضة ما يقتضي سلب حكم عبارته، إذ يمكن كونه

كالمكره الذي يصح عقده برضاه المتأخر.

و ذهب جماعة الى الصحة كما عن الشيخ في النهاية، وابن البراج والصدوق في الفقيه والمقنع وشرح النافع والكفاية والحدائق والوسائل وشرح المفاتيح وفي الجواهر: أنه مال اليه غير واحد من متأخري المتأخرين، وذكر منهم سيد المدارك وفي المستند اختياره مستنديين الى صحيحة بن بزيع «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت، فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظننت أنه يلزمها ففزعته منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال عليه السلام: إذا أقامت بعد ما أفاقت فهو رضاء منها، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال عليه السلام: نعم»^١.

و كيف كان الرواية وان كانت في السكرى لكن اللازم أن نتعدى الى سائر العقود ومنه عقد السكران، وكأنه لهذا كان ظاهر الشرائع التردد في عقد السكران مطلقاً. وقال في الجواهر: أنه محل الخلاف وأنه لا يختص بعقد السكرى. أقول: قد عمل بهذه الرواية بعض العلماء ومنهم السيد في المستمسك، والعمل بها لا بأس وإن كان الاحتياط لا يترك في مثل الزوج والله اعلم.

في مسائل أولياء العقد

ج ٢ ص ٢٧٨ قوله رحمه الله: «إذا زوّجها الولي بدون مهر المثل، هل لها أن تعترض؟ فيه تردد، والأظهر أن لها الاعتراض»، وجه التردد من اطلاق النصوص في الأب وأولويته، ومن إناطة تصرف الولي بالمصلحة.

١- الوسائل الباب ١٤ من ابواب عقد النكاح الحديث ١.

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 والتحسين ونحوهما لا المهر، فيكون حينئذٍ هو نفسه مصلحة خالية عن المفسدة.

وفي جامع المقاصد: إن المعتمد في الفتوى هو عموم دليل الولاية، وللصالح المستفيضة النافية للأمر لها في تزويج أبيها المندرج فيه الجد له أو الملحق به بالاجماع، منها:

ما عن عبدالله بن الصلت «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها لها أمر اذا بلغت؟ قال: لا، ليس لها مع أبيها امر»^١.
ومنها ما عن محمد بن اسماعيل بن بزيع «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبيّة يزوّجها أبوها، ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر اليها؟ قال عليه السلام: يجوز عليها تزويج أبيها»^٢، ونحوهما غيرهما.

والمحكي عن الشيخ عدم الاعتراض للاطلاق الذي عرفت أنه غير مساق لذلك، ولأولويته من العفو عنه بعد ثبوته.

أقول: الحاصل من هذه المسألة أنها منوطة بالمصلحة، فاذا 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 مقدّمة على اطلاق أدلة الولاية. وإنّ تعدي الحكم عن العفو الى نقصان المهر غير ظاهر، لأنّ نقص المهر ربما يكون مهانة على الزوجة بخلاف العفو.

لهذا ومثله قال المصنّف بعد التردّد: والأظهر أنّ لها الاعتراض، ولم يتعرض لمورد الاعتراض وأنه خصوص المهر أو العقد نفسه.

وقد ذكر في المسالك وغيرها وجهين أو قولين. وقد تبع المصنّف صاحب الجواهر في اختيار ثانيهما، لأنّ الواقع في الخارج أمر واحد مشخّص فأما أن يكون صحيحاً بلا إجازة أو موقوفاً عليها، ولا مجال للتفكيك فيه بين ذات العقد فيصح، وبين المهر فيتوقف على الإجازة. ولذا لو عقد فضولاً بمهر خاص لم يجز للأصيل إجازة العقد دون المهر.

وفي المسالك اختار الأول لأن العقد صحيح، وإنما المانع من قبل المهر ويمكن جبره بفسخه خاصة والرجوع الى مهر المثل، ولا نسلم أنها واحد بل اثنان لا تلازم بينهما كما ذكره صاحب المستمسك. وفي المسألة مزيد بيان يطلب من الكتب المطوّلة فراجع وتأمل والله أعلم.

ج ٢ ص ٢٨٠ قوله رحمه الله: «لا ولاية للامّ على الولد، فلوزوّجته فرضي لزمه العقد، وإن كره لزمها المهر، وفيه تردّد، وربما حمل على ما إذا ادّعت الوكالة عنه»، وجه التردّد من الأصل، ومن خبر محمد بن مسلم.

حجة القائل بعدم لزوم المهر للامّ هو الأصل، أي أصالة براءة ذمتها فشغلها يحتاج الى دليل. ولأنها كالأجنبي في انتفاء الولاية، إن رضي بعقدها صحّ ولزمه المهر وإلا فلا.

وفي المسالك: اتفق الأصحاب عدداً بن الجنيد على أنّ للامّ لا ولاية لها على الولد مطلقاً. فلوزوّجته بغير إذنه توقّف على إجازته، سواء كان قبل البلوغ أم بعده، فإن أجاز لزمه العقد والمهر، وإن ردّ بطل العقد وتبعه المهر كغيره من عقود الفضولي.

وفي بعض النصوص يغرم الفضولي نصف المهر، كما في صحيح الحدّاء عن أبي عبد الله عليه السلام «(في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من أهل البصرة من

بني تميم، فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم، قال عليه السلام: خالف أمره، وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة، ولا عدة عليها ولا ميراث بينها، فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة، ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه؟ فقال عليه السلام: إن كان للمأمور بيّنة أنه كان أمره أن يزوجه، كان الصداق على الأمر، 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 وإن كان لم نجد قائلاً به صريحاً.

وفي الجواهر أيضاً: لم نجد للقول بضم المهر كاملاً دليلاً، وقال أيضاً: وربما حمل على ارادة أنّ المهر لازم لاقمه لا عليها، أي لها استعادته لو كانت دفعته، والامتناع عنه مع عدم الدفع، وعلى التقديرين هو لها لا عليها. نعم يفهم منه حينئذٍ عدم لزومه للولد مع الاجازة بل على الأم، ولعله لبذلها إياه من نفسها فتكون كمن ضمن عن الزوج للزوجة والله العالم.

حجة القائل بلزوم المهر أم الولد هو خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «أنه سأله عن رجل تزوجه أمه وهو غائب؟ فقال عليه السلام: النكاح جاز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزوجه بالمهر لازم لاقمه»^٢، وفي الوسائل حمل بعض علمائنا لزوم المهر لاقمه على دعواها الوكالة. وعن الشيخ في النهاية الفتوى به، أي بالخبر المذكور، وفي الرياض الأقوى ضمان المهر كاملاً على تقدير صحة دعوى إن ادعاء الوكالة بمجردة يوجب المهر كاملاً وإلا فالبحث فيه ساقط من أصله إلى آخر كلامه كما نقله صاحب الجواهر والله أعلم.

١ - الوسائل الباب ٢٦ من ابواب عقد النكاح الحديث ١.

٢ - المصدر الباب ٧ من ابواب عقد النكاح الحديث ٣.

ثبوت النسب مع وطئ الشبهة

ج ٢ ص ٦٢ قوله رحمه الله: «وإن احتمل أن يكون منها، استخرج بالقرعة على تردّد، والأشبه أنه للثاني»، وجه التردّد من أنها فراش لكلّ منها، ومن زوال فراش الأول بالطلاق، ومن عدم زواله فالمسألة ذات ثلاثة أقوال.

حجّة القائل بالأوّل وهو القرعة، لاحتمال أن يكون منها فيما حكى عن مسبوط الشيخ الطوسي مؤذناً بالاجماع عليه، وحكاه في الكشف عن فخر الاسلام لأنها لكل أمر مشكل وهذا منه بعد اشتراك الفراش بينهما وان كان التكوّن منها. وتعارض الاصول في إلحاقه بكلّ منها، ولذا قال في كشف اللثام في ردّ الأصل بأنه كما أن الأصل عدم التكوّن سابقاً فالأصل عدم التكوّن لاحقاً، فالأصل بالنسبة الى كل منها عدم النسب، لكن مع ذلك تردّد به المصنّف. أقول: بعد التأمل في روايات و أدلة الباب القول بالقرعة غير بعيد والله أعلم.

حجّة القائل بالثاني وهو إلحاقه بالزوج الثاني اختاره المصنّف بعد التردّد. بل في المسالك نسبه الى الأكثر من الأصحاب معللاً له بأن فراش الأوّل قد زال بالطلاق، وفراش الثاني ثابت فهو أولى من الزائل. ولأنّ صدق المشتق على ما وجد فيه المعنى المشتق منه حالته أولى من سبق مع التعارض، للخلاف المشهور أنه مع سبقه يكون مجازاً لا حقيقة. وقواه في المسالك، وفيها مزيد تفصيل فراجع.

حجّة القائل بالثالث وهو إلحاق الولد بالزوج الأوّل بناءً على القول بأن الطلاق غير مزيل حكم الفراشية، ولذا يلحق به مع عدم معارضة غيره.

ويمكن الاستدلال على المطلوب بالنصوص الواردة في الجارية، بناءً على عدم الفصل، ومن النصوص:

صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا كان للرجل منكم

الجارية يطؤها فيعتقها، فاعتدت ونكحت، فان وضعت لخمسة أشهر فانه من مولاه الذي أعتقها، فان وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فانه لزوجها الأخير»^١.

ومنها المرسل عن زرارة «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل اذا طلق امرأته، ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسة أشهر فهو للأول وان كان ولد انقص من ستة أشهر فهو لامه ولأبيه الأول وان ولد لسته أشهر فهو للأخير»^٢.

ومنها المرسل عن أحدهما عليه السلام «في المرأة تتزوج في عدتها؟ قال: يفرق بينهما وتعد عدة واحدة منها جميعاً، وإن جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخير، وإن جاءت بولد أقل من ستة أشهر فهو للأول»^٣.

ومنها خبر أبي العباس «قال: إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير، 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 تتعين 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 ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

٢ - المصدر الباب ١٧ من ابواب احكام الأولاد الحديث ١١.

٣ - المصدر الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١٤.

٤ - المصدر الباب ١٧ من ابواب احكام الأولاد الحديث ١٢.

كالزنا فلا ينشر الحرمة، ففيها قولان.

حجة القائل بالأول وهو أن نكاح الشبهة يلحق بالنكاح الصحيح فينشر الحرمة في النسب، واللبن تابع له، واستدل للحرمة بما في الجواهر بعد أن قوى الحرمة بالاجماع المحكي عن التذكرة المعتضد بنفي الخلاف في محكي المبسوط، وبالشهرة العظيمة نقلاً وتحصيلاً، بل عن ابن المنذر نسبه الى علماء الأمصار وعدّ منهم أصحاب النص وهم الامامية. والعمدة في تأييده ذلك وبآلية الشريفه «... واقهاتكم اللآتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة...»^١.

وقال في الجواهر: فلا ريب حينئذ في اللحق بالصحيح، للعمومات المؤيدة بما يحصل من استقرار مشاركته للصحيح في حقوق الأولاد به والاعتداد بالمهر ونحو ذلك، من الظن لتزليه منزليته إلا ما خرج، وفي اللمعة: وانما يحرم الرضاع بشرط كونه عن نكاح، دواماً ومتعة ومملك يمين وشبهة على أصح القولين مع ثبوتها، أي مع ثبوت الشبهة.

أقول: القول بإلحاقه بالصحيح لا يخلو من قوة والله أعلم.

حجة القائل بالثاني وهو عدم إلحاقه بالنكاح الصحيح هو: الأصل أولاً، ومنع عموم الرضاع المطلق في الآية لسابقه، والأخبار المنصرفة الى غير الشبهة، لقدرتها واختصاص الملحق لها بالنسب من الاجماع بغير محل الخلاف. مضافاً الى مفهوم صحيح بن سنان «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن لبن الفحل؟ قال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة اخرى فهو حرام»^٢.

وقال ابن ادريس: فأما عقد الشبهة ووطؤ الشبهة، فعندنا لا ينشر الحرمة

١ - سورة النساء آية ٢٣.

٢ - الوسائل الباب ٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع الحديث ٤.

ولا يثبت به تحريم المصاهرة بحال. وفي الشرايع: وأما الوطؤ بالشبهة فالذي خرّجه الشيخ أنه بمنزلة النكاح الصحيح، وفيه تردّد، أظهره أنه لا ينشر الحرمة، ونحوه في النافع، وتردّد العلامة في القواعد.

ج ٢ ص ٢٨٣ قوله رحمه الله: «ولو ارتضع من شدي الميتة أو رضع بعض الرضعات وهي حيّة ثم اكملها ميتة، لم ينشأ عنها خروج بالموت عن النحاق الأحكام، فهي كالبهيمة المرتضعة وفيه تردّد»، منشأ التردّد من إطلاق أدلّة الرضاع، ومن أنها خرجت بالموت عن كونها مرضعة عرفاً.

حجّة القائل بعدم نشر الحرمة في حال موت المرضعة هو الأصل، أي أصل الإباحة 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 «أرضعتكم» وغيره بحاله. كل ذلك مع عدم ظهور خلاف فيه، بل في كشف اللثام: لا حكم للبن الميتة بالاتفاق، وأيضاً كما يظهر من التذكرة كما في الجواهر.

و في المسالك: المشهور بين الأصحاب أنه يشترط في نشر الحرمة بالرضاع كون المرضعة حيّة لقوله تعالى: «واقمها لكم اللّائي أرضعنكم»، الظاهر من الآية الشريفة أنها مباشرة للرضاع، والميتة ليست كذلك.

وفي شرح اللمعة: الأقوى اعتبار حياة المرضعة. فلومات في أثناء الرضاع فأكمل النصاب ميتة لم ينشر، وإن تناوله الاطلاق العبارة وصدق عليه اسم الرضاع حملاً على المعهود المتعارف وهو رضاع الحيّة. وفي المبسوط: لبن الميتة لا ينشر الحرمة، الى آخر كلامه.

أقول: القول بعدم نشره الحرمة لا يخلو من قوة.

حجّة القائل بنشر الحرمة برضاع الطفل من الميتة هو إطلاق أدلّة الرضاع،

الذي يجب الخروج عنه بدليل كما عرفت، لا أقل من الشك . وأيضاً يشمل قوله صلى الله عليه وآله «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^١. ثم لو سلم عدم صدق الارضاع في النائمة والميتة مثلاً، فقد تحقق الرضاع لأنه عبارة عن مصّ اللبن من الثدي. فيدخل في عموم أدلة الرضاع كما تقدّم، وغيره من الأحاديث. وفي شرح اللمعة: ودلالة الأدلة اللفظية على الرضاع بالاختيار كقوله تعالى «واقمها لكم اللاتي أرضعنكم»، واستصحاباً لبقاء الحل.

و من هنا يظهر وجه تردّد المصنّف رحمه الله واستدلّ أيضاً بأنّ المتفاهم من الألفاظ الواردة بتحريم الرضاع هو الرضاع من المرأة الحية. كما قدمنا الإشارة إليه سابقاً، والله سبحانه العالم بالصواب.

في أحكام الرضاع

ج ٢ ص ٢٨٥ قوله رحمه الله: «وفي الكل تردّد»، وجه التردّد من أنه مال فيضمن، ومن أنه منفعة البضع 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، لأنه فسخ قبل الدخول من غير جهة الزوجة فجرى مجرى الطلاق. وهذا مذهب الشيخ في المبسوط وتبعه عليه جماعة.

وقيل: يجب عليه جميع المهر، لأنّ المهر يجب جميعه بالعقد كما سيأتي. ولا ينتصف إلا بالطلاق، وهذا ليس بطلاق فإلحاقه بالقياس، فيستصحب وجوبه إلا أن يثبت المزيل، هذا اذا كان سمى لها مهراً. ولو كانت مفوضة البضع قيل: وجبت المتعة إلحاقاً لهذا بالفسخ بالطلاق. وفي المسألة أقوال أخرى ذكر

١ - الوسائل الباب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

تفصيلها صاحب المسالك فراجع وتأمل والله أعلم.

حجة القائل بعدم الضمان هو أن المرضعة محسنة للصغيرة الرضيعة وما على المحسنين من سبيل. وقال الشيخ في الخلاف: لا تضمن المرضعة مطلقاً سواء قصدت أم لم تقصد، لأن منفعة البضع لا تضمن بالتفويت بدليل ما لو قتلت الزوجة نفسها أو قتلها قاتل أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها بإرضاعه، فإنها لا تغرم للزوج شيئاً.

و بالجمله فالبضع ليس كالمال مطلقاً، وإلحاقه به في بعض المواضع لا يوجب إلحاقه به مطلقاً، ومما يخرج عن الإلحاق بالمال جواز تفويض البضع، وعدم لزوم شيء على تقدير عدم الطلاق، والمال ليس كذلك.

و في الجواهر: المتجه الجزم بعدم ضمان منفعة البضع - 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 أن المتجه سقوط المهر، وأن البضع 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 موطوءة بالعقد يرجع به عليها ويتعلق برقيتها، وعندى في ذلك تردد»، وجه التردد يظهر مما سبق من أن البضع هل يضمن بالتفويت أم لا.

حجة القائل بالأول وهو تغريم الزوج للزوجة الصغيرة، وضمان المملوكة للزوج: إنها مفوتة عليه منفعة البضع وتلزمها قاعدة الإلتلاف، أي «من أتلف مال غيره فهو له ضامن». فإن كانت مملوكة فلا شيء عليها، لأنها وما تملك

ملكه ولا يثبت على ماله مال. وإذا كانت موطوءة بالعقد أو مكاتبة يتعلّق برقيبتها، لأنّها من قبيل الأموال التي تتبع بها بعدد العتق، وهو المراد من التعلّق، 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، لأن منفعة البضع لا تضمن بالتفويت بدليل لو قتلت الزوجه نفسها أو قتلها قاتل أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه فإنه لا يغرم للزوج شيئاً... إلى آخر كلامه.

والتفصيل كما أشرنا إليه في الكتب المطوّله وذكرنا في ماسبق قوة القول بعدم الضمان والله أعلم.

من توابع المصاهرة

ج ٢ ص ٢٨٩ قوله رحمه الله: «وأما الوطء بالشبهة، فالذي خرّجه الشيخ: أنّه يُنزّل منزلة النكاح الصحيح. وفيه تردّد، والأظهر أنّه لا ينشر»، وجه التردّد من إجماع الأصحاب على تنزيل الشبهة منزلة الصحيح، ومن الزنا محرّم، فالشبهة أولى وأصالة الحل.

حجّة القائل بالحاق الشبهة بالنكاح الصحيح هو المشهور، ونسبه المصنّف إلى تخريج الشيخ الطوسي. ووجه التخريج أنّه مساوي للصحيح في جميع ترتب أحكامه من لحوق النسب، وثبوت المهرية، والعدّة، وسقوط الحدّ وهذه الأحكام معلولة للوطئ الصحيح، ومنها بنشر الحرمة به مع سبق الوطئ، لثبوته في الزنا بالنص الصحيح مع تحرّم الزنا، فيكون في الشبهة أولى، لأنّه وطئ محرّم 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

المصتف، وضعف تخريج الشيخ كما في المسالك.
وقال ابن ادريس: إن عقد الشبهة ووطئ الشبهة فعندنا لا ينشر الحرمة ولا
يثبت به تحريم المصاهرة 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 يسوغ لغير المالك كمنظر الفرج، والقبلة، ولمس
باطن الجسد بشهوة، فيه تردّد، أظهره أنه يثمر الكراهية»، وجه التردّد من بعض النصوص
بالحرمة، ومن بعض الجواز.

حجّة القائل بحرمة الجارية على الابن والأب المنظورة أو الملموسة بشهوة هو
المشهور. اختاره الشيخ وأتباعه والعلامة في المختلف محتجاً بوجوه:

الأول: قوله تعالى «وحلائل أبنائك كم»^١، خرج الملك المجرد عن الوطئ
والنظر واللمس والقبلة اجماعاً، فيبقى الباقي على عمومته. هذا وإن نُوقش في
صدق الحلائل على المماليك.

الثاني: أن النظر واللمس بشهوة أقوى في نشر الحرمة من العقد المجرد، وقد
ثبت التحريم مع العقد المذكور فيثبت معها وهو المطلوب.

الثالث: رواية محمد بن اسماعيل بن بزيع في الصحيح «قال: سألت أبا
الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده؟
فقال: بشهوة؟ قلت: نعم قال: ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة، ثم قال ابتداءً
منه: إن جرّدها 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 ابواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١.

و صحيح بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل تكون عنده الجارية يجرد وينظر الى جسدها نظر شهوة، هل تحل لأبيه؟ وإن فعل أبوه هل تحل لابنه؟ قال: اذا نظر اليها بشهوة ونظر منها الى ما يحرم على غيره، لم تحل لابنه، وإن فعل ذلك الابن لم تحل للأب»^١، وخبر محمد عن أبي عبدالله عليه السلام «اذا جرد الرجل الجارية، ووضع يده عليها، فلا تحل لابنه»^٢ وخبر العيص بن القاسم عنه عليه السلام أيضاً «ادنى ما تحرم به الوليدة تكون عند الرجل على ولده، اذا مسها أو جردها»^٣، وخبر بن سنان عنه عليه السلام أيضاً «في الرجل تكون عنده الجارية، فيكشف فيراها، أو يجردها لا يزيد على ذلك، قال: لا تحل لابنه»^٤، وخبر داود الالبازي «سألته عن رجل اشترى جارية فقبلها؟ فقال: تحرم على ولده»^٥، الى غير هذا من الروايات.

أقول: حرمة الجارية الملموسة بشهوة والمنظورة الى ما لا يحل النظر اليه لغير المالك إن كان بشهوة أو نظر الى فرجها ولو بدون شهوة حرمت على ابنه. وكذلك الحرمة على الأب، لا يخلو من قوة. والله العالم.

حجة القائل بعدم الحرمة هو أنه جائز مكروه لأصالة الحل، وعموم «وأحل لكم ما وراء ذلكم»^٦ و «ما طاب لكم من النساء»، «أو ما ملكت أيمانكم»^٧ وقال ابن ادريس: لا تحرم على أحدهما لو نظر الآخر أو لمس. واختاره المصنف والعلامة في أكثر كتبه وغيرهم. ولموثق علي بن يقطين، عن العبد الصالح عليه السلام «عن الرجل يُقبل الجارية، يباشرهما من غير جماع، داخل أو خارج، أتحل لابنه أو لأبيه؟ قال: لا بأس»^٨، وخبر عبدالله بن يحيى الكاهلي عن أبي

١ و ٢ - الوسائل الباب ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٦ ، ٤ .

٣ و ٤ و ٥ - الوسائل الباب ٧٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ ، ٢ ، ٤ .

٦ و ٧ - سورة النساء آية ٢٤ و ٣٠ .

٨ - الوسائل الباب ٧٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ .

عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن رجل تكون له جارية فيضع أبوه يده عليها من شهوة، أو ينظر منها الى ما يحرم من شهوة، فكُره أن يمسه ابنه»^١.
ويؤيد الجواز والحلية الأخبار الحاضرة للإماء المحرمات في عشرة، والكلام في المسألة يطول، تركناه لقلّة الابتلاء به في الحال.

في أحكام اختلاف دين الزوجين

ج ٢ ص ٢٩٧ قوله رحمه الله: «ولولم يسم مهراً والحال هذه كان لها المتعة كالمطلقة. وفيه تردّد»، وجه التردد، من أنها كالمطلقة فلها المتعة، ومن أصالة البراءة.
حجة القائل بثبوت المهر هو أنّ 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، لأنّ المُسقط منها.
وإن كان من قبل الزوج كما لو أسلم دونها، فالمشهور أنّ عليه نصف المهر، لأنّها فرقة من قبله قبل الدخول فاشبهت الطلاق، ونسبته الى الشهرة تنبهاً على ضعف دليله. فالقول بثبوت الجميع أقوى.
حجة القائل بعدم ثبوت المهر لها، هو وإن كان من قبل الزوج، لأنّه فسخ، والفسخ ليس بطلاق، وحمله عليه قياس ممنوع عندنا. فالوجه عدم ثبوت شيء لها عليه، للأصل، وفاقاً لجماعة، فالمتجه ذلك مع الدخول فضلاً عن عدمه لقاء اقرار. اللهم إلا أن يقال إن استيفاء البضع من قبيل الأسباب التي تترتب عليها مسيبتها، فهي حينئذ كاتلاف كافر مالأً من كافر مثلاً على وجه لم يلتزم به في دينهم، ثم أسلم وكان من دين الاسلام التزامه، فانه يجب عليه أداءه له. كما في الجواهر، فراجع وتأمل.

١- الوسائل الباب ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢.

في أن إباق العبد طلاق امرأته

ج ٢ ص ٢٩٩ قوله رحمه الله: «روي، أن إباق العبد طلاق امرأته، وإنه بمنزلة الارتداد، فإن رجع وهي في العدة، فهي امرأته بالنكاح الأول، وإن رجع بعد العدة، وقد تزوجت، فلا سبيل له عليها، وفي العمل بها تردّد»، منشأ التردّد من الرواية، ومن الأصل بقاء الزوجية. حجة القائل بانتفاء الزوجية وسقوط النفقة عن مولى العبد هو ما رواه الشيخ والصدوق عن ابن محبوب عن الحكم الأعشى وهشام بن سالم، عن عمّار الساباطي، عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن رجل، أذن لعبده في تزويج امرأة، فتزوجها، ثم إن العبد أبق من مواليه، فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من موالى العبد؟ فقال: ليس لها على مولاه نفقة، وقد بانّت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق امرأته، هو بمنزلة المرتد عن الاسلام، قلت: فإن رجع الى مواليه ترجع اليه 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 المصنّف 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 أبق، لم يكن لها على مولاه نفقة، وقد بانّت من الزوج، وعليها العدة منه، فإن رجع قبل خروجها من العدة كان أملك برجعتها، وإن عاد بعد انقضاء عدتها، لم يكن له عليها سبيل.

وقال ابن حمزة: وإذا تزوج عبد بأمة غير سيده ورضي سيدهما، ثم أبق العبد بعد الدخول، بانّت منه ولزمتها العدة، فإن رجع قبل انقضائها، كان أملك

١ - الوسائل الباب ٧٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

بها، وإن رجع بعد انقضاء العدة، لم يكن له عليها سبيل، ولا تلزم سيّده 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 اللمعة: لا يحكم بفسخ نكاح العبد باباقه، وإن لم يعد في العدة، على الأقوى، لأصالة بقاء الزوجية، ورواية عمار الساباطي ضعيفة السند، لأنّ عماراً وإن كان ثقة إلا أنّه فطحي، لا يُعتد بما ينفرد به.

ونبه بالأقوى، على خلاف الشيخ في النهاية، حيث عمل بمضمونها، وتبعه ابن حمزة إلا أنّه خصّ الحكم بكون العبد زوجاً لأمة غير سيّده، وقد تزوجها بإذن السيدين.

ثم قال الشهيد الثاني: والحق المنع مطلقاً-أي سواء كان العبد الآبق زوجاً لأمة سيّده أم لغيره- ووجوب النفقة على السيّد، ولا تبين المرأة إلا بالطلاق. وقال ابن ادريس: الذي يقتضيه الأصل، أنّ الزوجية باقية، ونفقة ثابتة على مولاه، لعدم دليل قاطع على خلاف ذلك. قال في التقيح الرائع: وما قاله-يعني ابن ادريس- جيّد.

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 تردّد»، وجه التردّد، من أنّه شرط باطل، يشتمل عليه العقد، فيبطله، ومن أنّه شرط سايع، يمكن الوفاء به، إذا كان الزوج كفوّاً.

حجّة القائل ببطلان الشرط وثبوت مهر المثل، هو أنّ نكاح الشغار إنّما يبطل لأنّه تشريك للبضع، بين كونه مهراً للزوجة المنكوحه وملكاً للزوج. هذا

المعنى هو الذي استظهره في المسالك فعلى هذا يصح النكاح، ولكن يبطل المهر، لأنه شرط المصنّف للتزويج، والشرط من جملة العوض المقترن مع في سائر المعارضات، وشرط التزويج غير لازم، بناءً على أنّ العقد اللازم إذا اقترن به شرط صار جائزاً، لا لازماً أو لأنه 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 مجهول أضيف الى معلوم فيصير الكل مجهولاً، 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 كفوّاً والعاقد والياً. 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 يشملها. أقول: لا يبعد القول بصحة العقد وبطلان المسمى كما هو المشهور، والظاهر أنّه لم يتردّد غير المصنّف رحمه الله. والله العالم بالصواب.

في أحكام النكاح المنقطع

ج ٢ ص ٣٠٧ قوله رحمه الله: «لا يقع بها طلاق. وتبين بانقضاء المدة، ولا يقع بها ايلاء، ولا إلعان، على الأظهر، وفي الظهار تردّد أظهره أنّه يقع»، وجه التردّد، من صدق الزوجيّة، 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، فتندرج في إطلاق الأدلة وعمومها، ولم يخص بالدائمات من النساء، بخلاف ما سبق من اللعان والايلاء والارث، فإن هذه الثلاثة، لا تكون للنساء المتمتعات، والإلتزام بأحد الأمرين لا يوجب التخصيص فجاز اختصاصه بمن يمكن معه أحد الأمرين، وهو الدائم كما استظهره المصنف، وفاقاً للمحكي عن الأكثر، ومنهم ابن ادريس، في بعض فتاواه، وفي اللعنة: ويقع بها الظهار على أصح القولين لعموم الآية.

أقول: القول بوقوع الظهار لا يخلو من قوة، والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بعدم وقوع الظهار على المتمتع بها هو أصالة بقاء الحل، لأن المظاهر يلزم بالفيئة أو الطلاق، ولاطلاق في المتعة، ولا يجب الوطئ فيلزم بالفيئة مع أن إيجابها وحدها ليس عليه دليل وإقامة هبة المدة مقام الطلاق لا دليل عليه، ورواية ابن فضال عن ابن ادريس عن الصادق عليه السلام «قال لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق»^١ قال في التنقيح الرابع: إنه كالطلاق والأصل في التشبيه العموم والطلاق لا يقع هنا فكذا الظهار، ولأن لازم الظهار جواز المرافقة والالتزام بالفيئة وكلاهما منفيان هنا، وانتفاء اللازم مستلزم لانتفاء الملزوم، واختاره ابن بابويه وابن الجنيد وابن ادريس في السرائر^٢.

ج ٢ ص ٣١١ قوله رحمه الله: «فان هاياها على الزمان، قيل: يجوز أن يعقد عليها متعة في الزمان المختص بها. وهو مروى وفيه تردد»، منشأ التردد من أن المروي الجواز، ومن لزوم تبعض البضع.

حجة القائل بالجواز أي جواز العقد متعة على الأمة المهاياة في زمانها المختص بها: روي عن محمد بن قيس صحيحاً في الكافي والتهذيب، في باب السراري

١ - الوسائل باب ٢ من كتاب الظهار الحديث ٣.

٢ - السرائر صفحة ٣١٢.

وملك اليمين، عن أبي جعفر عليه السلام وفي الفقيه عن محمد بن مسلم عنه عليه السلام أيضاً قد عمل بها ابن ادريس وجماعة منهم الشهيد في اللعة وفاضلا الكشف والرياض كما في الجواهر.

«قال: سألته عليه السلام عن جارية بين رجلين دبراها جميعاً، ثم أحلّ أحدهما فرجها لشريكه؟ قال: هي له حلال وأيتمامات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي قدمات، ونصفها مدبراً، قلت: إن أراد الثاني منها أن يمسه أله ذلك؟ قال: لا، إلا أن يثبت عتقها، ويتزوجها برضاً منها متى ما أراد. قلت له: أليس قد صار نصفها حراً وقد ملكت نصف رقبته، والنصف الآخر للباقي منها؟ قال: بلى. قلت: فإن هي جعلت مولاهما في حل من فرجها له ذلك؟ قال: لا يجوز ذلك. قلت: ولم لا يجوز له ذلك وقد أجزت للذي كان له نصفها، حين أحل فرجها لشريكه منها؟ قال: إن الحرة لا تهب فرجها، ولا تعيره، ولا تحلله ولكن لها من نفسها يوم وللذي دبرها يوم فإن أحب أن يتزوجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها، فيتمتع منها بشيء قل أو أكثر^١ وهي صريحة، في المدعى أولاً وآخرأ.

أقول: القول بالجواز قوي، وإن كان الاحتياط خلافه.

حجة القائل بعدم الجواز هو لزوم تبعض السبب فانها لم تخرج بالمهاياة عن ملك المولى، على أن منافع البضع لا تعلق لها بالمهاياة، وإلا حلّ لها المتعة بغيره في أيامها وهو باطل اتفاقاً. على ما في المسالك ومحكي نهاية المرام.

ولأنّ الفرج كما أنه لا يستباح بسببين مختلفين أنه لا يباح وطؤها أيضاً بالعقد لاستلزامه تعدد السبب، ولأنّ المرأة ليس لها تحليل نفسها بخلاف الشريك، فاذا هايهاها وعقد عليها متعة في أيامها، فالأكثر على منعه لأنه لا

يخرج من كونه مالكاً لذلك البضع بالمهاياة، 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 صحّ دواماً ومتعة، لاتحاد السبب - أي سبب الاباحة بالعقد، والمهر بينهما بقدر الاستحقاق - .

ولأن البضع لا يتبعض بل يستباح، إما بالعقد لا غير أو الملك لا غير لقوله تعالى «إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم»، حصر الاباحة في الأمرين على سبيل منع الخلو في الاستباحه ومنع الجمع بينهما، كما في التنقيح الرائع. أقول: الاحتياط سبيل النجاة سيما في الفروج والله العالم.

في العيوب

ج ٢ ص ٣١٣ قوله رحمه الله: «لرباع أمته، وادعى أن حملها منه، وأنكر المشتري، لم يقبل قوله، في إفساد البيع، ويقبل في التحاق الولد، لأنه إقرار لا يتضرر به الغير وفيه تردّد»، وجه التردّد من قبول قول البايع، حيث لا ضرر في إلحاق الولد به، ومن عدم القبول، لتوقع الضرر بنفوذ الاقرار.

حجة القائل بقبول قول البايع في التحاق الولد به هو عدم الضرر على مشتري الجارية في كون عنده إبناً للبايع حيث لا يمنع استرقاقه للمشتري، وهو المطلوب، فيحكم بكونه ولدأ للبايع 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، لأنه يستلزم إفساد البيع المخالف

للاصل، كما هو في كل مورد أحد المتبايعين يدعي الصحة والآخر يدعي الفساد، قدم قول مدعي الصحة مع عدم البيّنه للآخر.

حجّة القائل بعدم قبول قول البايع هو توقع الضرر على المشتري إذا قبل إقرار البايع بالحمل، لإمكان موت المقر عن غير وارث ويخلف تركته فإنه على تقدير ثبوت النسب يشتري الطفل من التركة قهراً على سيده - أعني المشتري - ليرث من مال المقر، وذلك ضرر على مالكة المشتري للجارية، فلا يكون الإقرار نافذاً.

وفي المسالك قوى نفوذ الإقرار بالنسبة الى المقر فقط، ولا ينفذ على المشتري، وذكر لهذا فائدة في محلها. وفي الجواهر ضعف تردد المصنّف، حيث قال: لعدم وجه يعتد به للتردد، مع عدم التضرر على المشتري، والله أعلم بالصواب.

ج ٢ ص ٣١٨ قوله رحمه 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 جنّ 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.

ومنها صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «أنه قال في رجل يتزوج الى قوم، فاذا امرأته عوراء، ولم يبيّنوا له. قال: لا يرد، انما يرد النكاح، من البرص والجذام والجنون والعفل. قلت: رأيت إن كان قد دخل بها، كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحلت من فرجها، ويغرم وليّها الذي أنكحها

مثل ما ساق إليها»^١ ورواه في الكافي «سألته عن رجل يتزوج إلى قوم فاذا امرأته عوراء، ولم يبينوا له؟ قال: يرده النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»^٢.

نفهم من هذه الأخبار، أنّها 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 والجامع بينها فساد العقل كيف اتفق.

و العمده في المطلب، الاتفاق على كون الجنون عيباً مطلقاً، مع عدم وجود دليل مخصّص، والله العالم.

حجّة القائل بعدم جواز الفسخ، إلا إذا كان لا يعقل أوقات الصلاة وإلا فلا خيار لها، للأصل، أي أصل لزوم العقد، إلا أن يثبت المزيل والمرسل المروي «أنّه إن بلغ به الجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة، فرّق بينها فان عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد بليت»^٣.

وما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام «إذا تزوج رجل، فأصابه بعد ذلك جنون، فبلغ منه مبلغاً، حتى لا يعرف أوقات الصلاة، فرّق بينهما، وإن عرف أوقات الصلاة، فلتصبر المرأة، فقد ابتليت»^٤. هذا في الجنون المتجدد، وأما الجنون السابق، فلها الخيار مطلقاً. لهذا قال المصنّف: وقد يشترط في المتجدد الخ.

و حكى عن ابن بابويه والمفيد والشيخ وبنّي زهرة والبرّاج وادريس،

١- المصدر الباب ٢١ صدر الحديث وذيله الحديث ٥٥٦.

٢- الكافي ج ٥ ص ٤٠٦.

٣- الوسائل الباب ١٢ من ابواب العيوب والتدليس الحديث ٣.

٤- المستدرک الباب ١١ من ابواب العيوب والتدليس الحديث ١.

تقييد الجنون، بما إذا كان لا يعقل معه أوقات الصلاة، وإلا فلا خيار لها، بل في الرياض، نسبتها الى الاكثر. 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 تردّد» وجه التردّد، من أنه من عيوب الرجل، ومن عدم النصّ الخاص.

حجة القائل بجواز فسخ المرأة، إذا كان زوجها محبوباً -يعني مقطوع الذكر- هو الضرر المنفي وشمول صحيح الكافي «قال سألت أبا عبد الله عليه السّلام: عن امرأة ابتلى زوجها، فلا يقدر على الجماع أبداً، أتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت»^١ وصحيح أبي بصير -يعني المرادي- «قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت»^٢ أقول: هذان الصحيحان يشملان مثل المحبوب بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ولو قدر الحشفة، وإلا فلا خيار لها.

هذا هو المشهور بين الأصحاب إنّ الجب من جملة عيوب الرجل، ولم ينقل أحد فيه خلافاً، سوى المصنّف تردّد فيه، وكون المحبوب بمعنى الخصى والعن، بل أعظم منها لقدرة الأول على الايلاج، واحتمال براء الثاني، وفي الجواهر: لا أجد 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

العلة، التي من أجلها جاز الفسخ، والله العالم.

حجة القائل بعدم جواز الفسخ للمرأة إذا كان الرجل محبوباً هو أصالة صحة العقد هذا أولاً، ومن عدم النص عليه بالخصوص وإنما الوارد في النصوص الفسخ بالخصى والعنن، لأنها من عيوب الجماع، ولما كان الحكم بالخيار في هذه العيوب على خلاف الأصل فلا بد لمثبتها من دليل صالح ليخرجها عن حكم الأصل، وإلا فالأصل في العقد اللزوم وليس للجب دليل صالح، فراجع وتأمل، والله أعلم.

ج ٢ ص ٣٢٠ قوله رحمه الله: «وأما العرج ففيه تردد، أظهره دخوله في أسباب الفسخ، إذا بلغ الاقعاد» وجه التردد، من صدق الزمانة في بعض الأخبار، ومن أصالة الزوم.

حجة 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: ترد على وليها، ويكون لها المهر على وليها - تمام الحديث - قال: وإن كان بها - يعني المرأة - زمانة لا تراها الرجال، أجزت شهادات النساء عليها»^١.

وصحيح محمد بن مسلم «قال: قال أبو جعفر عليه السلام: ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء»^٢ لهذا ذهب «إلا أنه عيب» الشيخان في النهاية والتهذيب والمقنعة، وابن الجنيد وأبو الصلاح، وأكثر الأصحاب، ولم يذكر أنه بين، أم لا يبلغ حد الاقعاد، أم مطلقاً، وغيرهم قال: بأنه عيب إلا أنهم يشترطون أن يكون بيناً. ذهب إليه العلامة في المختلف، ونقله عن ابن ادريس، واستدل عليه بالروايتين السابقتين، وفي التحرير نسبه الى الشيخ في النهاية والتهذيب، مع أن

١ - الوسائل الباب ٢ و ٤ من ابواب العيوب والتدليس الحديث ١٠٦.

٢ - الوسائل الباب ١ من ابواب العيوب والتدليس الحديث ٧.

الشيخ لم يعتد بذلك، وهو يدل على أن مراده بالبين، ما كان ظاهراً بالحس، وان لم يبلغ حدّاً، يمنع من التردد إلا بالمشقة الكثيرة، لأن الرواية لا تدلّ على أزيد من كونه بيناً في الحس، بحيث يتحقق مسمى العرج. وكذا كلام الشيخ والجماعة، وعلى هذا يرجع القولان، الى قول واحد، وقول ثالث ذهب اليه المصنّف والعلامة في القواعد والارشاد هو أنّ العرج ما يبلغ حدّ الاقعاد، الذي يجوز معه الفسخ، معناه يبلغ حدّاً، يعجز معه عن المشي، وفي تسمية مثل هذا عرجاً، ويفهم من هذا القيد هو استبعاد كون مطلق العرج عيناً موجباً للخيار، الى غير هذا كما في المسالك.

حجّة القائل بعدم جواز الفسخ بالعرج في المرأة مطلقاً، هو أصالة اللزوم، أي لزوم العقد أولاً، وحصص العيوب في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه «قال في الرجل يتزوج الى قوم، فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له؟ قال: لا ترد قال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»^١ فإنه إنما يدلّ على الحصر، كما هو الظاهر من كلام الشيخ في المبسوط والخلاف، فإنه لم يعدّ العرج من عيوب المرأة. وكذلك ابن البرّاج، وهو الظاهر من الصدوق، فإنه في المقنع عدّ العيوب، ولم يذكره، وفي المسألة كلام.

في أحكام العيوب

ج ٢ ص ٣٢٠ قوله رحمه الله: «وفي المتجدد بعد العقد، وقبل الدخول، تردد، أظهره أنّه لا يبيح الفسخ» وجه التردد، من إطلاق بعض النصوص الرّدّ بها، ومن أصالة اللزوم.

حجّة القائل بعدم جواز الفسخ، بالعيب المتجدد في المرأة، بعد العقد، وقبل

١- المصدر الباب ١ من ابواب 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.

و ذهب بن ادريس والمصنّف، وباقي المتأخرين، الى عدم الفسخ به، محتجين بأنّ العقد وقع لازماً، فيستحب، وبأنّ أمر النكاح مبني على الاحتياط. وقال صاحب الجواهر: ومع قطع النظر عن النصوص أجمع، فلا ريب في استحباب اللزوم، الذي هو مقتضى الأصل في العقود والضرر منجبر بإمكان الطلاق منه.

وفي اللعة: 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 المتجددة بعد العقد، وقبل الدخول، هو إطلاق بعض النصوص، وأنّ النكاح يردّ بها، منها صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «قال: تردّ البرصاء والعمياء والعرجاء»^١ ومنها عن رفاعة بن موسى عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: تردّ المرأة من العفل والبرص والجذام والجنون، وأما ما سوى ذلك فلا»^٢ ومنها عن زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: تردّ البرصاء والمجنونة والمجنومة، قلت: العوراء؟ قال: لا»^٣ ومثله «عن عبدالرحمان عن أبي عبدالله عليه السلام»^٤.

و غيرها من الأخبار، الذي تقدم ذكر بعضها فهي مطلقة في ثبوت الخيار بهذه العيوب، حيث يجدها الزوج تتناول ما قبل الدخول وما بعده. وحكى في الجواهر عن المبسوط والخلاف، وظاهر أبي علي، ثبوت الخيار بذلك.

أقول: لا يخفى على المتتبع، لكلمات العلماء، وفحوى بعض الأخبار، لا يبعد القول بعدم جواز الفسخ، وكما سبق، ضرر الزوج ينجر بالطلاق، والاحتياط طريق النجاة، والله سبحانه العالم بالصواب.

في أحكام المهور

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.

حجة القائل بصحة العقد لو زوجها الولي إما لمصلحة هناك أو عدم مفسدة، ويثبت لها مهر المثل بنفس العقد، وثوقاً بنظره، وهو أشبه بإطلاق الأدلة، المقتضي جواز تصرف الولي، في البضع والمال وغيرهما مع المصلحة، ولأن له العفو عن المهر كما أشار إليه في الآية الشريفة «أو يعفو 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 أعلم.

حجة القائل بعدم الصحة، هو أنه «لانكاح إلا بمهر» كما في بعض النصوص^٢، وهذا وأنه ضرر على المرأة، وهو منفي، وأدلتها 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 فضولياً أو باطلاً، وإن لها الخيار، كما تقدم في المسألة السابقة، بل لو سلم عدم

١ - سورة البقرة آية ٢٣٧.

٢ - الوسائل الباب ٢ من ابواب عقد النكاح الحديث ٢ و٤ و٦.

جواز التفويض له، أو المهر بالأقل، كان المتجه، ثبوت مهر المثل، بالدخول لا بالعقد، لأنّه لانكاح إلا بمهر، كما أشرنا إليه، فمع فرض فساد التفويض، والمسمى ليس إلا مهر المثل، الذي هو عوض شرعي، فهو حينئذٍ إتلاف، لبضع الغير بغير عوض، فلا يجوز، كما لا يجوز في المعاوضات على الأموال، ونسب هذا القول الى مبسوط الشيخ، ولم نتحققه، كما أشار إليه في الجواهر، والله سبحانه العالم

ج ٢ ص ٣٢٨ قوله رحمه الله: «ولو نقصت عينه أو صفته، مثل عور الدابة، أو نسيان الصنعة، قيل: كان له نصف القيمة سليماً، ولا يجبر على أخذ نصف العين، وفيه تردّد، منشأ التردّد 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 فرضتم في الآية، وحينئذٍ يرجع عليها بأقلّ الأمرين، من نصف قيمة يوم الصداق ويوم القبض، كما مرّ. وهذا قول الشيخ في المحكي عن مبسوطه، ويحيى بن سعيد في المحكي عن جامع، وفي كشف اللثام: قد يقال منشأ الخلاف إنّ معنى «ما فرضتم»، هل هو الماهية وحدها، أو مع صفاتها، فعلى الأوّل تبين الرجوع في نصف العين، وعلى الثاني يتخيّر أو يتعين القيمة.

قلت: قد استفاد 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 زيادتها ولا نقصانها»^١ تعين القيمة على الوجه المزبور، من غير أرش بناءً على أنّ المراد عدم النظر الى زيادة العين ونقصها، الى آخر ما ذكر صاحب الجواهر، والله أعلم.

حجة القائل بأنه يرجع بنصف العين، هو قوله تعالى «فنصف ما فرضتم»^١ وهي عين المفروض، ولأن العين المفروضة إن كانت قائمة بهذه الحال فاللازم أخذها، وإن 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.

فالمتجه حينئذٍ كما في القواعد والمسالك، الرجوع بنصف العين مع الأرش، لأن التعيب بذلك، خصوصاً مثل نسيان الصنعة، لا يخرج العين عن حقيقتها، وبقبضها العين، تدخل في ضمانها كلاً أو جزءاً أو صفةً.

و الذي حكاه المصنف، من التخيير بين أخذ الزوج نصف وبين أخذ نصف العين، من غير أرش، 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 لوبقيت العين في يد الزوج، فإنه حينئذٍ ملكها، فيكون مضموناً عليه، فلها أن ترجع عليه بالأرش كما مر.

و في المسألة تفاصيل أخر بالنسبة الى حدوث العيب، أنه بسببها أو بسبب أجنبي أو من الله ذكر الجميع في المسالك، فراجع وتأمل، والله سبحانه أعلم.

فما اذا طلق قبل الدخول

ج ٢ ص ٣٢٩ قوله رحمه الله: «ولو كان تعليم سورة؟ قيل: يعلمها النصف من وراء حجاب، وفيه تردد» ينشأ التردد من حرمة سماع صوتها، ومن اختلاف الألفاظ بسهولة وصعوبة.

حجة القائل بلزوم التعليم نصف السورة هو اذا طلقها قبل الدخول فان كان علمها رجع عليها بنصف الاجرة كتعليم الصنعة، وإن لم يكن علمها فليس الحكم كالصنعة، لأنّ تعليم نصف السورة حينئذٍ أمر ممكن في نفسه لهذا قيل: جاز تعليمها النصف من وراء حجاب، لأنّه موضع ضرورة كمعاملة الأجنبية، أو لأنّه تعليم واجب، أو لأنّ مطلق سماع صوتها ليس بمحرم.

و استوجهه الشيخ في مبسوطه حيث قال: وهل له أن يلقنها ما استقرّ عليه؟ قيل: وجهان، أحدهما ذلك من وراء حجاب، وهو الأقوى عندي. وقال: صاحب الجواهر: ينشأ التردّد من حرمة سماع صوتها وإن كان الأقوى جوازه. أقول: الظاهر أنّ لزوم التعليم لا يخلو من قوة والله أعلم.

حجة القائل بعدم جواز التعليم هو أنّها ترجع عليه بنصف الاجرة كالصنعة لأنّ الزوج صار أجنبياً بناءً على حرمة سماع صوت المرأة مطلقاً أو جوّزناه ولكن خيف الفتنة أو لم يكن ذلك إلا بالخلوة المحرمة رجعت عليه بالاجرة لتعذر الرجوع الى 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 يمكن التعلّم إلا بالخلوة المحرمة أو مع خوف الفتنة فالرجوع بنصف الاجرة قطعاً فراجع وتأمّل.

اذا شرط أن لا يخرج المرأة من بلدها

ج ٢ ص ٣٣٠ قوله رحمه الله: «وإن أخرجها الى بلد الاسلام كان الشرط لازماً وفيه تردّد» منشأ التردّد من لزوم الشرط، ومن مخالفته للاصول.

حجة القائل بلزوم الشرط هو اهمومات و خصوص «رواية علي بن رثاب في الحسن عن الكاظم عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة

على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده فإن لم تخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن تخرج معه إلى بلاده قال عليه السلام: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي أصدقها إياها، 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 ترضى 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 باللزوم لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم.

حجة القائل ببطان الشرط والمهر هو مخالفته للاصول لجهالة المهر لأنه مائة دينار على تقدير وخمسون ديناراً على تقدير، وذلك يقتضي الجهالة وعدم التعيين مع صحة العقد لعدم ارتباطه بالشروط الخارجة عنه، فيثبت مهر المثل كما تقدم في نظائره من المهور الغير المعلومة أو غير المملوكة إلى غير ذلك.

وفي التنقيح الرابع: لو شرط لها مهراً 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 ابواب المهور الحديث ٢.

حجة القائل بطلان العقد بشرط الخيار هو أن النكاح ليس من عقود المعاوضات المقابلة لخيار الشرط بل فيه شائبة العبادة، فالشرط يخرج عن وضعه ولكونه غير مشروع فيكون مخالفاً للكتاب والسنة وهذا هو المشهور بين الأصحاب بل لا أجد فيه خلافاً في بطلان الشرط كما في الجواهر، بل لعلّ الاجماع بقسميه عليه لمعلومية عدم قبول عقد النكاح لذلك .

و في مكاسب البيع الأنصاري عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع 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 المذكورة في باب العيوب التي توجب الرد، والحصر يفيد عدم صحة الرد بغير تلك العيوب، فاذا دخل فيه الخيار كان معناه صحة الرد بغير تلك العيوب، ولأنّ اشتراط الخيار يفضي الى فسخه بعد ابتداء المرأة وهو ضرر، ولهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبراً له كما في المستمسك، ولهذا يكون اشتراط الخيار في العقد منافياً لمقتضاه الاستفادة من الأدلة الشرعية ومن هنا كان هذا الشرط مبطلاً للعقد.

حجة القائل بصحة العقد و بطلان شرط الخيار هو وجود المقتضي لصحة العقد لاجتماع شرائط الصحة فيه، لأنه الفرض وانتفاء المانع إذ ليس إلا اشتراط الخيار فيه، واذا كان العقد غير قابل للخيار لغني 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.

وعن ابن ادریس أنّ العقد لا يبطل قال فيما حكى عنه: لا دليل على بطلان العقد من كتاب ولا سنة ولا اجماع بل الاجماع على الصحة، لأنه لم يذهب الى البطلان أحد من أصحابنا وانما 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.

فيما لو أصدق المرأة عبداً

ج ٢ ص ٣٣٢ قوله رحمه الله: «ولو دفعت نصف القيمة ثم رجعت في التدبير قيل: كان له العود في العين لأن القيمة أخذت لمكان الحيلولة وفيه تردّد» وجه التردّد من أنّ العين الحق المفروض، ومن وجود المانع فينتقل الى البديل.

حجة القائل بلزوم دفع العين هو أنّ حقه في العين بالأصالة لأنها المفروض وانما انتقل عنها الى القيمة لمانع التدبير، فاذا زال المانع عاد الى حقه كدفع الغاصب القيمة عن العين المغصوبة لتعذرهما ثم قدر عليها، فان دفع القيمة لم يقع على وجه المعاوضة بل لمكان الحيلولة بينه وبين حقه، فاذا أمكن الوصول الى حقه تعين.

وقال الشيخ في المبسوط ما لفظه: «وان أصدقها شيئاً بعينه فقبضته وخرج عن ملكها ببيع أو هبة أو غير ذلك ثم عاد اليها بحاله ثم طلقها قبل الدخول بها كان له أخذ نصفه بحاله لأنه 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 الى نصف العين أو الى نصف القيمة.

وفيه من قال: ليس له الرجوع في عينه لأن حقه وجب في القيمة حين الطلاق، وليس له نقله عن القيمة الى غيرها إلا برضاها والأول أقوى لأنه عين ماله انتهى.

أقول: الرجوع بالعين اذا طلبها هو الأحوط إلا اذا انتقلت عنها فبأقل لازم وفي الجائز ما أشرنا اليه والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم الرجوع بالعين هو أنّ حقه وجب في القيمة حين الطلاق لوجود المانع فليس له نقله الى 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 الى ملكها بعد ذلك، ويقوى الاشكال لو كان الرجوع بعد الطلاق وقبل دفع القيمة من حيث إنّه لم يقبض حقه.

و في المسالك حكى عن المسوّط التخيير ههنا بين الرجوع الى 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 أذى الوالد المهر عن ولده

ج ٢ ص ٣٣٣ قوله رحمه الله: «لو أذى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعاً ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر، ولم يكن للوالد انتزاعه - يعني ما ذكرناه في الصغير - وفي المسألين تردّد» وجه التردّد من أن المهر عوض البضع وهو ملك للولد ومن قوله تعالى «فنصف ما فرضتم» والفارض الأب.

حجّة القائل برجوع نصف المهر للولد في المسألين هو أنّ الأب تبرع فهو بمنزلة الهبة وانتقاله للمرأة بالعقد بمنزلة التصرف بالهبة، وعوده الى الولد المطلق بملك جديد، فأشبهه ما لو وهب الأب لأجنبي ثم وهبه الأجنبي للابن أو يجري مجرى هبة المرأة للابن، وأنّ المهر عوض البضع وهو ملك للولد قطعاً. و الظاهر من النصوص^١ والفتاوى أنّ الطلاق مملك لا فاسخ، يعود به

١ - الوسائل الباب ١٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء والباب ٢٤ و ٣١ و ٣٤ و ٣٥ من ابواب

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 تسيبه الملك لنصف العين أو الدين فيطالب به الأب، ولعلّه لهذا اعترف في المسالك بعدم ظهور الفرق بين الدفع وعدمه في الصبي المعسر 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 أعلم.

حجة القائل برجوع النصف الى الوالد اذا طلق قبل الدخول هو أنّ دفع الوالد إنّما هو للوفاء عمّا في ذمة الولد تحقيقاً أو تقديراً، كما في الصبي المعسر الذي كان ينبغي صيرورة العوض في ذمته مقابل البضع الذي ملكه على حسب المعاوضات كما يؤمى اليه التعبير في بعض النصوص^١ بضمان الوالد، المشعر بكونه كالضمان عنه، فع الطلاق الذي هو فسخ عقد النكاح يعود النصف الى من دفعه وفاءً نحو الفسخ بالعيب 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 المعسر سقط النصف عن ذمة الأب والابن ولم يكن للابن مطالبة الأب بشيء. وفي كشف اللثام أنه ظاهر لآفته بضمانه تمام المهر للمرأة لا يثبت للابن عليه شيء وإنما ينتقل اليه المهر بدفعه عنه اليها.

كما أنّ المديون لا يطالب الضامن عنه بشيء اذا ابرأه المضمون له، نعم لو كان المهر عيناً للأب ملكتها المرأة بالاصداق وإن لم يقبضها، فاذا طلقها رجوع

١- الوسائل الباب ٢٨ من ابواب المهور الحديث ٤-٣-٢-١.

اليه لا الى الأب نصفها، فتأمل لأنّ في المطلب نوع من الغموض والله سبحانه العالم بالصواب.

في القسم ولواحقه

ج ٢ ص ٣٣٦ قوله رحمه الله: «ولوبات عند الأمة ليلة ثم اعتقت قبل استيفاء الحرة؟ قيل: يقضي للأمة ليلة لأنّها ساوت الحرة وفيه تردّد»، ينشأ التردّد من أنّها ساوت الحرة فلها حق، ومن أنّها لم تساوي الحرة بعد.

حجّة القائل بلزوم قضاء ليلة للأمة المعتقه لأنّها ساوت الحرة قبل توفية حقها، وفي المسالك: إن كان العتق قبل الشروع في نوبة الحرة أو بعده الى آخر الليلة الأولى اقتصر عليها، وان كانت بعد الشروع في الليلة الثانية قضى للأمة ليلة أخرى لأنها ساوت الحرة قبل تمام نوبتها، فيسوي بينهما، وهذا قول الشيخ الطوسي في المبسوط.

حجّة القائل بعدم لزوم القضاء بل يبيت عند الحرة ليلتين ولا شيء للمعتقه في هذا الدور، سوى الليلة التي لها لأنّها استوفت حقها قبل أن تعتق، فلا يجب لها شيء بل يبتدي بالقسمة بعد توفية الحرة حقها، وهذا أقوى كما في المسالك.

ثم قال: والضابط على هذا أنّ الأمة متى أعتقت 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 اسمها الى غيرها؟ قيل: لا لأنّها تعينت للسفر، وفيه تردّد»، وجه التردّد من أنّها خرجت بالقرعة، ومن أنّ القرعة ليست من الملزمات.

حجّة القائل بعدم جواز العدول عن أخرجتها القرعة هو أنه لولا العمل بها

لانتفت فائدتها ولهذا قال الشيخ في المبسوط ما نصه: فاذا أقرع بينهن فخرج سهم واحدة تعين حقها وليس له أن يعدل بالسفر الى غيرها. وقال به صاحب الوسيلة كما نقل عنه صاحب الجواهر.

حجة القائل بجواز العدول هو الأصل السالم عن معارضة ما يقتضي كون القرعة من الملزمات، بل فائدتها استحباب اختيارها للسفر، وقوى هذا صاحب الجواهر، ولأن الاستصحاب تبرع إذ الزمان لا تستحق فيه الزوجات القسم، وفائدة القرعة رفع المشقة عن قلوب المتخلفات حيث لم يصحبها بمجرد الميل والهوى وذلك وجه الأفضلية، إذ لم يثبت ما يدل على خلافه، والله سبحانه أعلم.

ج ٢ ص ٣٣٨ قوله رحمه الله: «لوطاف على ثلاث وطلق الرابعة بعد دخول ليلتها ثم تزوجها قيل: يجب لها قضاء تلك الليلة وفيه تردد» ينشأ التردد من أنه حقها، ومن خروجها عن الزوجية.

حجة القائل بقضاء تلك الليلة هو أنه حق استقر في ذمته وقد أمكنه التخلص منه فيجب، وقال الشيخ في المبسوط: إذا كان له أربع زوجات فقسم هن ليلة ليلة، وطاف عليهن فلما كان ليلة الرابعة طلقها، فقد فعل فعلاً محرماً وأثم، لأن تلك الليلة حقها إلا أن تحلله منه، فان تزوج بها ثانياً مثل أن طلقها طلاقاً رجعيّاً فراجعها أو بائناً فاستحلها، وعقد عليها عقداً ثانياً فانه يلزمه أن يقضي لها تلك الليلة. هذا تمام كلامه رحمه الله، وفي المسالك إن الأقوى وجوب القضاء لمنع الملازمة بين الخروج عن الزوجية وسقوط الحقوق المتعلقة بها.

حجة القائل بعدم وجوب القضاء هو سقوط حقها بالطلاق وخروجها عن الزوجية، وان كان آثماً في طلاقها بعد دخول ليلتها. كما في المسالك عن الشيخ الطوسي وغيره بل ظاهره المفروغية من حرمة إلا أنه لا يبطل الطلاق، لأنه تفويت حق 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 رحمه 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 تردّد» وجه التردّد من اضطراب الأخبار الملمزم بعضها بالولد، ومن اشتراط المشابهة وعدمها في بعض آخر.

حجة القائل بلزوم الولد وحقه بمولاها هي النصوص الخاصة^١ والعامّة المصرحة بلحقه حتى في الزنا فضلاً عن المهمة بل «خبر حريز عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل كان يطأ جارية وأنه كان يبعثها في حوائجها وأنها حبلت وأنه بلغه عنها فساد فقال: أبو عبدالله عليه السلام إذا ولدت أمسك الولد ولا يبيعه ويجعل لها نصيباً في داره، فقال له: رجل يطأ جارية وأنه لم يكن يبعثها في حوائجها وأنه اتهمها وحبلت فقال: إذا هي ولدت أمسك الولد ولا يبيعه ويجعل لها نصيباً من داره وماله، وليس هذه مثل تلك»^٢ و«خبر عبد الحميد بن اسماعيل الذي رواه المشايخ الثلاثة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له جارية يطأها وهي تخرج فحبلت فخشى أن لا يكون منه، كيف يصنع أيبيع الجارية والولد؟ قال: يبيع الجارية ولا يبيع الولد ولا يورثه من ميراثه شيئاً»^٣.

و «خبر سعيد بن يسار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون

١ - الوسائل الباب ٥٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء.

٢ - المصدر الباب الحديث ٣.

٣ - الوسائل الباب ٥٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٤.

له الجارية يطيف بها وهي تخرج فتعلق؟ قال: يتهمها الرجل أويتمها أهله؟ قال: اما ظاهرة فلا، قال: إذاً لزمه الولد»^١ الى غير ذلك من النصوص^٢ التي يمكن دعوى تواترها في عدم اعتبار المشابهة في الحقوق بالأولاد شرعاً ولعله لهذا تردّد فيه المصنّف، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم جواز إلحاقه 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 الدالّة على ذلك كما اشير الى بعضها وهو قول جماعة بل المشهور قال به كما في الجواهر.

و مما يدلّ عليه «خبر محمد بن اسماعيل الخطاب كتب اليه يسأله عن ابن عمّ له كانت له جارية تخدّمه وكان يطؤها، فدخل يوماً منزله فأصاب معها رجلاً تحدّثه فاستراب بها، فهتّد الجارية فأقرت أنّ الرجل فجرها ثمّ أنها حبّلت بولد؟ فكتب: إن كان الولد لك أوفيه مشابهة منك فلا تبعها، فإنّ ذلك لا يحل لك، وإن كان الابن ليس منك ولا فيه مشابهة منك فبعه وبع الجارية أمه»^٣.

و «خبر يعقوب بن يزيد كتب الى أبي الحسن عليه السّلام في هذا العصر رجل وقع على جارية ثم شك في ولده فكتب: إن كان فيه مشابهة منه فهو ولده»^٤.

هذا و في المسالك الحق أنّ الأخبار الصحيحة المتفق عليها أنّ الولد للفراش وللعاهر الحجر، فلا عبرة بالمشابهة وعدمها، ولأنّ الولد المذكور إن لحق بأبيه فهو حرٌّ وارث، وإلا فهو رقّ فلا قسم ثالث، ثم قال: والأقوى الاعراض عن مثل هذه الروايات والأخذ بالمجمع عليه من أنّ الولد للفراش حيث تجتمع فيه شرائط

١ - الوسائل الباب ٥٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢.

٢ - المصدر الباب ١٠٥ من ابواب احكام الاولاد الحديث ٤. والمستدرک الباب ٧٦ منها الحديث ١.

٣ و ٤ - الوسائل الباب ٥٥ من ابواب النكاح العبيد والاماء حديث ٤ - ٥.

إلحاقه به، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٢ ص ٣٤٥ قوله رحمه الله: «لو ادعى الأب وجود متبرعة، وانكرت الام فالقول قول الأب لأنه يدفع عن نفسه وجوب الاجرة على تردد» وجه التردد من كون الام منكرة لما يدعى ومن أن الحق ثابت لها وهو يدعى اسقاطه.

حجة القائل بتقديم قول الأب هو أنه يدفع عن نفسه وجوب الاجرة، فهو حينئذ منكر وهي مدعية وجوبها عليه. وهذا هو المحكي عن الشيخ في المبسوط وهذا نصه: فإن صدقته في أنه يجد متطوعه نقله ولا كلام، وإن كذبت، فالقول قوله لأنها تريد شغل ذمته بايجاب الاجرة لها عليه والأصل براءة ذمته.

وفي المسالك: من أن الام تدعى شغل ذمة الأب بالاجرة، وهو يني ذلك عن نفسه، والأصل براءة ذمته منها، ولأنه يتعسر عليه إقامة البيّنة على ما يقوله فيصدق بيمينه، وهو الأشهر.

حجة القائل بتقديم قول الام لأنها منكرة لما يدعيه من وجوب المتبرعة، والأصل عدمه فيكون القول قولها، لأنه المدعي ولأن الحق ثابت لها وهو يدعى إسقاطه بوجود المتبرعة، والأصل عدم سقوطه الى أن يثبت. كما عن السرائر لأصالة أحقية الام، كما في بعض النصوص.

ففي الخبر عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الحلبي المطلقة فينفق عليها حتى تضع حملها، وهي أحق بولدها حتى ترضعه بما تقبله امرأة اخرى، إن الله تعالى يقول «لا تضارّ والده بولدها ولا مولود له بولده»^١.

و «سئل أبو عبد الله 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 عبد الله عليه السلام «قال: إذا طلق

الرجل المرأة وهي حبلى أنفق 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 بابنها حتى تفضمه»^١.

و خبر 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 أَرْضَع ابني بمثل ما تجد من يرضعه، فهي أحق به»^٢، الى غير ذلك من الأخبار. على هذا وجود المتبرعة كالمانع الذي يحتاج مدعيه الى بيّنة عليه، خصوصاً مع إمكان إقامتها عليه. الى غير ذلك مما جاء فيه أحقيّة الام اذا 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: «فإن فُقد الأبوان، فالحضانة لأب الأب، فان عدم، قيل: كانت الحضانة للأقارب، وترتبوا ترتيب الإرث، نظراً الى الآية، وفيه تردد»، منشأ التردد من آية «أولوا الأرحام»، ومن انتقال الحضانة لوصي الجد للأب أو الحاكم الشرعي.

حجة القائل بانتقال الحضانة الى الأرحام بعد فقد الأبوين والجد للأب هو الأولى بميراثه فان اتحد وإلا أقرع بينهم وهو الذي اعتمده في المسالك، للآية الشريفه - قوله تعالى «وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله»^٣ الآية. فإن الاولوية تشمل الإرث والحضانة وغيرهما، ولأنّ الولد مضطر الى التربية والحضانة. فلا بدّ في الحكمة من نصب قيم لها والقريب أولى بهامن البعيد.

١ و ٢ - الوسائل الباب ٨١ من ابواب احكام الاولاد الحديث ٤ و ٥.

٣ - سورة الانفال آية ٧٥.

وعلى هذا فع الأبوين يُنظر في الموجود من الأقارب ويقدر لو كان وارثاً، ويحكم له بحق الحضانة. ثم إن اتحد اختصاص، وإن تعدد اقرب بينهم، لما في اشتراكها من الاضرار بالولد. هذا وفي المسألة أقوال اخرى:

منها: إنه مع فقد الأبوين تكون الحضانة لأب الأب مقدماً على غيره من الاخوة والاجداد والجدات وان شاركوه في الارث. وهذا هو الذي قطع به المصنّف والعلامة في بعض كتبه، وجماعة منهم الشيخ في موضع من مبسوطه وابن ادريس مع اقتضائه في الحضانة على الأبوين، ووجهه أن الجد للأب أب في الجملة فيكون أولى من غيره، الى آخر ما في المسالك، وإن أشكل عليه.

ومنها: إنه مع فقد الأبوين ينتقل الحكم الى الأجداد ويقدمون على الاخوة وان شاركوهم في الارث، ومع فقدهم ينتقل الى باقي الورثة أي على مراتب الإرث، وهذا خيرة العلامة في الارشاد.

ومنها: إنه مع فقد الأب تقوم أمه مقامه، الى غير ذلك من الأقوال التي يطول ذكرها تطلب من محالها.

حجة القائل بانتقال الحضانة للوصي للأب ثم للوصي للجد هو أنها نائبان عنها ويقومان مقامها، ومنها حضانة الطفل وتربيته والسعي في مصالحه ومفاسده. وعن ابن ادريس إن الحضانة للجد من الأب مع فقد الأبوين، ومع عدمه فإن كان للولد مال استأجر الحاكم الشرعي من يخضنه، وإلا كانت حكم حضانته حكم الانفاق تجب على الناس كفاية.

وربما قيل إنه ظاهر المصنّف أيضاً، وان كان فيه إن تردده في انتقالها الى الأرحام أعم من ذلك صيرورتها الى الوصي الذي سمعته أو الى الحاكم بعده، أو من أول الأمر باعتبار أنه ولي من لا ولي له فيحضنه حينئذ من بيت المال، الى غير هذا من الأقوال، وان كان لا دليل يخص الحضانة ببعض دون بعض بل الدليل يخص الأبوين والله أعلم.

ج ٢ ص ٣٤٦ قوله رحمه الله: «قال الشيخ إذا اجتمعت اخت لأب واخت لام، كانت الحضانة للاخت من الأب نظراً الى كثرة النصيب في الإرث والاشكال في أصل الاستحقاق، وفي الترجيح تردّد»، وجه التردّد من تساويهما في الدرجة، ومن زيادة النصيب في الارث المقتضي للقرب في استحقاق الحضانة.

حجّة القائل بعدم الترجيح هو أنّ 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 مسوطه أنه قال: وإن قلنا أنهما سواء ويقرّع بينهما كان قوياً.

ثم إن المصنّف تردّد في موضعين: أحدهما في أصل استحقاق الاختين للحضانة، نظراً لما تقدم من عدم النصّ عليها بالخصوص في غير الأبوين، ومن عموم آية الأرحام^١. والتردّد الثاني ما نحن فيه على تقدير الاستحقاق أنّ من كان نصيبه أكثر في الميراث يكون أولى بالحضانة ممن يشاركه في الدرجة كالاخت من الأب والاخت من الام، مع أنّ آية الأرحام تقتضي تساويهما في الحضانة من حيث الاشتراك في الميراث، وإن تفاضلا فيه، وفي المسالك: الأقوى تساويهما.

حجّة القائل بترجيح الاخت للأب: القائل بهذا الشيخ في المسوط والخلاف محتجاً على الترجيح بآية أولوا الأرحام، وإن كثرة النصيب في الارث تدلّ على زيادة القرب. فكما أنّ زيادة النصيب توجب الترجيح في الميراث، فكذا في المرتبة نفسها فتكون أولى، لأنّ البنت من السببين أولى من السبب الواحد وهي الاخت من الام فقط. والاشكال في ذلك كما أشرنا اليه سابقاً من أنه لا دليل على أصل استحقاق الحضانة، فضلاً عن الترجيح، بل الدليل في الأبوين كما

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 تردّد، والسقوط أشبه»، وجه التردّد ينشأ من تبعيّة الحضانة للرضاع، ومن أنها حقان متغايران لا يسقط أحدهما بالآخر. حجّة القائل بسقوط الحضانة مع عدم الرضاع هو أن الحضانة تابعة بحسب العادة الى الرضاع. ولزوم العسر والحرج زماناً ومكاناً في تفريقهما، وظهور لفظ النزاع، بل دلالة رواية داود بن الحصين عن أبي عبدالله عليه السلام (قال: «والوالدات يُرضعن أولادهن») قال: مادام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية، فاذا فطم فالأب أحقّ به من الام، فاذا مات الأب فالام أحقّ به من العصة، وإن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم، وقالت الام: لا ارضعه إلا بخمسة دراهم، فإنّ له أن ينزعه منها، إلا أن ذلك خير له وأوفق به أن يترك مع امه^١، الحديث.

وعلى كل حال فالسقوط أشبه باصول المذهب وقواعده، ضرورة معلوميّة أصالة 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 حقيقتان متغايرتان، أي الحضانة والرضاع، فلا يلزم من سقوط حقها من أحدهما 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، وإلا حُمِل الولد اليها وقت الحاجة، فإن تعذر جميع ذلك سقط حقها من الحضانة حينئذٍ إن

١- الوسائل الباب ٨١ من ابواب احكام الاولاد الحديث ١.

لم تتبرع بالارضاع الى أن توجد مرضعة تأتي اليه ويمكن نقله اليها، كما مرّ لأن حفظ الولد واجب ولا يتم إلا بذلك، والضرر يترتب حينئذٍ، انتهى ما ذكره صاحب المسالك.

أقول: الذي ذكره من هذه الشروط ليس ببعيد والله أعلم.

في النفقات

ج ٢ ص ٣٤٧ قوله رحمه الله: «وفي وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين تردّد، أظهره بين الأصحاب وقوف الوجوب على التمكين»، ينشأ التردّد من أنه يجب بالعقد لحصول المعلّقة، ومن أنّ عدم التمكين نشوز فلا تجب إلا به.

حجّة القائل بوجوب النفقة بالعقد كالمهر لا بالتمكين هو دلالة الأدلّة العامة على وجوبها للزوجة من دون تقييد، كما يستفاد من بعض الآيات الشريفة ومن السنّة أيضاً.

أمّا من الكتاب فقوله تعالى: «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف»^١، و«أدنى ألاّ تعولوا»^٢، و«فامسك بمعروف أو تسريحاً بحسان»^٣، و«عاشروهن بالمعروف»^٤ و«الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم»^٥، الى غير ذلك من الآيات الدالّة على ما نحن فيه.

ومن السنّة ما روي عن أبي عبد الله الصادق عليه السّلام «في قوله تعالى (ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) قال عليه السّلام: 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، وإلا فرق بينهما»^١. وعن أبي بصير «قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها، ويطعمها ما يقيم صلبها، كان حقاً على الامام أن يفرق بينهما»^٢. وعن اسحاق بن عمار أنه سأل ابا عبدالله عليه السلام «عن حق المرأة على زوجها؟ قال عليه السلام: يشبع بطنها ويكسو جثتها، واذا جهلت غفر لها»^٣ وفي خبر عنبسة عنه عليه السلام أيضاً «اذا كساها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها، أقامت معه، وإلا طلقها»^٤، الى غير ذلك من النصوص^٥ الكثيرة التي فوق حدّ التواتر كما في الجواهر.

ومنها ما روي «أنّ هند امرأة أبي سفيان جاءت الى الرسول صلى الله عليه وآله فقالت: إن أبا سفيان شحيح لا يعطيني وولدي إلا ما أخذ منه سرّاً وهو لا يعلم، فهل عليّ من ذلك شيء؟ فقال صلى الله عليه وآله: خذي ما يكفيك وولدي بالمعروف»^٦.

ويستفاد من خبر هند وراء وجوب النفقة مطلقاً للزوجة فوائدها الأخرى لاجابة لنا بذكرها في هذا الحل، ذكرها مفصلة الى (١٠) فوائد صاحب المسالك، هذا وان الوجوب للنفقة ثابت، غاية ما في الباب أنّ النشوز مانع من وجوب الانفاق 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 ١.

٢ - الوسائل الباب ١ من أبواب النفقات الحديث ٢.

٣ و ٤ و ٥ - الوسائل الباب ١ من أبواب النفقات الحديث ٣-٤.

٦ - كتر العمال ج ٨ ص ٣٠٣ الرقم ٥١٧١.

يوجب النفقة، لأنه لا يوجب عوضين مختلفين وهما المهر والنفقة، ولأنّ النفقة مجهولة بالجملة، والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً.

ولما روي أنّ النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ تَزَوَّجَ وَدَخَلَ بَعْدَ سَنِينَ وَلَمْ يَنْفِقْ إِلَّا بَعْدَ دَخُولِهِ. ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَانَّهُنَّ عَوَارِي عِنْدَكُمْ اتَّخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ^١ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^٢، أَوْجِبَ لَهُنَّ إِذَا كُنَّ عِنْدَ الرِّجَالِ وَهُوَ يَدَلُّ عَلَى التَّمَكِينِ. ولأنّ الأصل براءة الذمة من وجوب النفقة، خرج منه حالة التمكين بالاجماع فيبقى الباقي على الأصل. وقد ناقش في هذه الأدلة صاحب المسالك، تركنا ذكر المناقشة لطولها.

وفي المبسوط قال: إذا كانا كبيرين كل واحد منهما يصلح للاستمتاع، فالنفقة تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع، لأنه لو وجد العقد دون التمكين فلا نفقة، ولو وجد التمكين وجبت، وإن نشرت سقطت. وفي الجواهر استظهر وجوب النفقة بالتمكين من بيان حقوق الزوج بتفصيل طويل لا يخلو من فائدة، فراجع وتأمل.

في نفقة الأقارب

ج ٢ ص ٣٥٢ قوله رحمه الله: «تجب النفقة على الأبوين والأولاد اجماعاً، وفي وجوب الانفاق على آباء الأبوين وامهاتهم تردد، أظهره الوجوب»، وجه التردد من الانفاق على الوجوب، ومن الأصل.

حجة القائل بوجوب الانفاق على آباء الأبوين وامهاتهم هو صدق إطلاق الآباء والأولاد عليهم بطريق الحقيقة، لأنه أطلق عليهم لفظ الآباء في الآية

١ - المستدرك الباب ٦٧ من ابواب مقدمات النكاح الحديث ٢.

٢ - المصدر الباب ١ من ابواب النفقات الحديث ١.

الشريفة قوله تعالى «واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحاق ويعقوب»^١ وقوله تعالى «ملة أبيكم ابراهيم». والأصل في الاطلاق الحقيقة، وان قيل: إن الاستعمال أعم من الحقيقة.

وفي المسالك: ولا نعرف أو ولا نعلم مخالفاً من أصحابنا في دخولهم هنا، ثم قال: وكيف كان فالمذهب وجوب الانفاق على الجميع، وتردد المصنّف طبق أصوله أنه لا يعتدّ بحجّية الاجماع بهذا المعنى كما نبّه عليه في مقدمة المعبر، ولضعف الدليل قال هنا: الأظهر الوجوب.

و في الجواهر: للظن إن لم يكن القطع بارادة من علا منهم من الوالدين والأبوين هنا، ولو بمعونة الاتفاق ظاهراً، مضافاً الى 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 يعطى الجد ولا الجدة^٢، خصوصاً بعد استفاضة النصوص^٣ وانعقاد الاجماع على حرمتها على واجبي النفقة. فليس النهي عن اعطائهما حينئذٍ إلا لوجوب نفقتها إلى غير هذا مما ذكر في محله.

أقول: بوجوب النفقة للعمودين مما لا شك فيه بعد الاتفاق، إلا ما عن المصنّف تردّد فيه في الشرائع ونسب التردّد الى العلامة في القواعد واختار المصنّف اللزوم والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم وجوب الانفاق عليهم هو الأصل، أي أصل البراءة. ومن عدم دخولهم في اطلاق الوالدين والأبوين، وامكان ارادة المجاز في الاطلاق لصدق النبي الذي هو من دلائل المجاز، ولعلّه لهذا تردّد به العلامة في القواعد. وما ذكره المصنّف من وجه التردّد 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 ١٣ و١٤ 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 أعلم.

كتاب الطلاق

في اللواحق - في طلاق المريض -

ج ٣ ص ٢٧ قوله رحمه الله: «وفي ثبوت الإرث مع سؤاها الطلاق تردّد، أشبهه أنه لا إرث»، منشأ التردّد من اطلاق النصوص، ومن التقييد في بعضها. حجة القائل بأنها ترث هو أن الطلاق في تلك الحال - أي حال المرض - يوجب الإرث، دليله اطلاق النصوص كما في:

رواية أبي العباس عن أبي عبدالله عليه السّلام «قال: اذا 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 رواية عبدالرحمن بن الحجاج عمّن حدّثه عن أبي عبدالله عليه السّلام «في رجل طلق امرأته وهو مريض؟ قال: إن مات في مرضه ولم تتزوج ورثته، وإن كانت قد تزوجت فقد رضيت بالذي صنع لا ميراث لها»^٢.

و رواية مالك بن عطية عن أبي الورد كليهما عن أبي جعفر عليه السّلام «قال: اذا طلق الرجل امرأته تطليقة في مرضه ثم مكث في مرضه حتى انقضت عدتها، فانها ترثه ما لم تتزوج، فان كانت تزوجت بعد انقضاء العدة فانها لا ترثه»^٣ إلى غير هذا من الروايات.

وحكي عن الشيخ في المبسوط والخلاف وتابعه ابن ادريس وغيره القول بأنها ترث، المستند هذه الاطلاقات من روايات أهل البيت عليهم السّلام.

حجة القائل بعدم ارثها اذا سألت الطلاق أو خالعه أو بارأته، خصوص خبر الهاشمي «قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا ترث المختلفة ولا المبارة ولا المستأمة 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 لايتهم المطلق فيهن من حيث إن الطلاق مستند الى مطالبتهن وبذل المال والعلّة منصوصة. وذهب اليه الشيخ في الاستبصار وتابعه العلامة في المختلف والارشاد، لانتفاء مقتضى الإرث. وهو التهمة، ولرواية الهاشمي السابقة.

وفي المسالك: ما لو سألته الطلاق لانتفاء التهمة بسؤالها ومالو خالفها، إن قلنا إن الخلع طلاق أو اتبع بطلاق لاستناد السبب اليها ببذل المال فانفتت التهمة ولو لم يجعله طلاقاً فأولى بعدم ثبوت الارث، لأن الحكم في النص معلق على الطلاق. أما مع التهمة أو بدونها وهما منتفیان مع الخلع. انتهى محلّ الحاجة من كلامه رفع مقامه.

فيما يزول به تحريم الثلاث

أقول: الذي يظهر من مطاوي الأخبار وكلمات بعض الأصحاب، إن ثبوت الميراث إذا كانت هناك تهمة وأضرار بالزوجة، وإذا انتفى ذلك انتفى الميراث كما نحن بصدد بيانه والله أعلم.

ج ٣ ص ٢٨ قوله رحمه الله: «ويعتبر في زوال التحريم شروط أربعة: أن يكون الزوج بالغاً، وفي المراهق تردد، أشبه أنه لا يحلل»، ينشأ التردد من أصالة بقاء التحريم، ومن الاطلاق وأهلية المراهق لذوق العسيلة.

١ - الوسائل الباب ١٥ من ابواب ميراث الأزواج الحديث ١.

حجة القائل بعدم تحليل المراهق هو الأصل، ومكاتبة علي بن الفضل الواسطي «قال: كتبت الى الرضا عليه السلام رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فتزوجها غلام لم يحتلم. قال عليه السلام: لا حتى يبلغ، فكتبت اليه: ما حدة البلوغ؟ قال: ما أوجب الله على المؤمنين الحدود»^١، وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة، والمروي^٢ في طرق العامة والخاصة عن النبي صلى الله عليه وآله وذريته من اعتبار ذوق العسيلة من الجانبين، وهو لا يتحقق إلا في البالغ، بناءً على أن المراد منه الانزال كما عن بعضهم.

مضافاً الى إمكان دعوى ظهور الكتاب^٣ والسنة^٤ في أن المحلل زوج آخر مستقل بال عقد، خصوصاً وقد جاء في الآية بعد ذلك قوله تعالى «فإن طلقها»، ومن المعلوم أن الطلاق لا يصدر عن غير بالغ. وذهب المصنف واكثر المتأخرين الى المنع لأن الصبي لا اعتبار بأفعاله لرفع القلم عنه.

حجة القائل بالاكْتفاء تحليل المراهق وهو المقارب للبلوغ بحيث يمكن بلوغه بغير السن وهو ابن العشر سنين فصاعداً هو عموم قوله تعالى «حتى تنكح زوجاً غيره»، الصادق على الصغير والكبير.

ذهب الشيخ في كتابي الفروع وابن الجنيد الى الاكْتفاء به في التحليل. وفي المسالك: إن رفع القلم عن الصبي لا ينافي اعتداد المكلف 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 ابواب اقسام الطلاق واحكامه الحديث ١.

٢ - سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٧٤، والوسائل الباب ٤ من ابواب الطلاق واحكامه الحديث ١٣٠١ والباب ٧ منها حديث ٢٠١.

٣ - سورة البقرة آية ٢٣٠.

٤ - الوسائل الباب ٤ و ٧ من ابواب اقسام الطلاق.

«تذوق عسيلته» التي هي اللذة في الجماع، وبه قال ابن الجنيّد.
أقول: لا يبعد قوة القول باشتراط البلوغ كما هو المشهور، لحصول الاطمئنان
بالتحليل بعد ثبوت الحرمة القطعية. وهو موافق للاحتياط والله سبحانه أعلم.

في الرجعة

ج ٣ ص ٣٠ قوله رحمه الله: «ولو قال راجعتك اذا شئت أو إن شئت، لم يقع ولو قال
شئت، وفيه تردد» وجه التردد من أنه معلق فلا تصح، ومن أن المراجعة التمسك
بالزوجية.

حجة القائل بعدم صحة المراجعة المعلقة على الإشاءة ومجيء رأس الشهر
مثلاً هو المشهور، لمنافاته لظاهر ما دلّ على السببية المنافية لتأخر الأثر الترتب
عليها كسائر العقود كما في الجواهر، بل نسبه في المسالك إلى الشيخ وأتباعه
والمتأخرين، لنحو ما سمعته في غير الرجعة من أقسام العقود والإنشاءات.
وقال في المسالك: الأشهر عدم الوقوع - أي وقوع الرجعة - بالتعليق كما هو في
الطلاق، ثم قال: حتى عند من يجوز تعليق الطلاق إلحاقاً للرجعة بالنكاح، أي
كما أن التعليق بالنكاح يبطله فكذلك الرجعة، لأنها ايقاع فلا تقبل التعليق
كالطلاق.

و في الجواهر: إنه لا شك في احتياج الرجوع بعد حصول مقتضى الفسخ إلى
سبب. ولم يثبت سببية المعلق ولا إطلاق يتمسك به فالأصل عدم حصوله.
حجة القائل بصحة الرجعة مع التعليق هو أصالة الصحة، ولعموم قوله
صلّى الله عليه وآله «المؤمنون عند شروطهم». وفي كشف اللثام من أنه لا يشترط
في الرجعة إلا التمسك بالزوجية.

ولذا تحقق بالأفعال الدالة عليه، فلا يشترط فيها - أي الرجعة - الايقاع ولا
الإنشاء.

و في الجواهر: إنه يكفي فيها التمسك بالزوجية السابقة المجرد عن أصل الانشاء، فضلاً عن انشاء معنى الرجوع. فيتجه حينئذٍ البحث عن صحتها مع التعليق. اللهم إلا أن يقال: إنها بعد أن لم تكن من أقسام الايقاع المعتبر فيها ذلك، ولو بظاهر أدلة التسبيب، تصح في المعلق على حسب غيرها من أقسام الانشاء القابل لذلك. نحو قول السيد لعبدته أكرم زيداً إن جاءك أو إذا جاءك رأس الشهر ونحو ذلك، فإن انشاءها حيث يؤتى به من هذا القبيل لا من قبيل انشاء الايقاع وقال أيضاً: إنه يكفي اطلاق أدلة الرجعة التي قد عرفت مفادها تحققها بما يحصل من قول أو فعل يقتضي البقاء على الزوجية السابقة، وإن لم يقصد انشاء معنى الرجوع. ولا ريب في حصوله بقوله 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 فهذه كذلك. والمسألة لا تخلو من اشكال والاحتياط سبيل النجاة والله أعلم.

ج ٣ ص ٣٠ قوله رحمه الله: «ولو طلقها رجعية، فارتدت فراجع لم يصح، كما لا يصح ابتداء الزوجية، وفيه تردد»، منشأ التردد من أن الطلاق رافع لحكم الزوجية رافعاً متزلاً، ومن أنها زوجة والسبب الرافع للزوجية انقضاء العدة.

حجة القائل بالأول أي الحرمة - هو تحريم وطئها بغير الرجعة، ووجوب المهر بوطئها على قول، وتحريمها بالطلاق إذا كمل عدد العدة. ولما كان ابتداء نكاح المرتدة ممتنعاً بنى على أن الرجعة هل هي نكاح مبتدأ أو استدامة وإزالة لما كان طراً عليه من السبب الذي لم يتم.

و احتج على عدم الجواز أيضاً بأن الرجوع تمسك بعصم الكوافر، وهو منهي عنه نهي فساد لقوله تعالى «ولا تمسكوا بعصم الكوافر»^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 تفيد الاباحة فانه لا يجوز الاستمتاع بها ولا الخلوة معها مادامت مرتدة، كما في المسالك :

حجة القائل بالثاني - أي أنها زوجة - هو عدم وجوب الحد بوطيها، ووقوع الظهار واللعان والايلاء بها، وجواز تغسيل الزوج لها وبالعكس. فهي بمنزلة الزوجة، فالمطلقة رجعيًا زوجة.

وفي كشف اللثام نسبته الى المفهوم من الأخبار والأحكام والفتاوى، وزاد بأنها لو لم 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، وانما لها أحكام الزوجية. وكذا بناء المسألة على أن الرجعة ابتداء نكاح أو استدامة، إذ على التقديرين يتجه عدم صحة الرجعة لانفساخ النكاح بالردة، فلا معنى لاستدامته. انتهى.

وفي المسألة زيادة تفصيل لأنها لا تخلو من تعقيد في أصل التردد، وفي المنشأ هل المنشأ شيان أو شيء واحد. كما أشار اليه صاحب الجواهر، فراجع وتأمل والله أعلم بالصواب.

ج ٣ ص ٣١ قوله رحمه الله: «ولو ادعى أنه راجع زوجته الأمة في العدة، فصدفته، فأنكر المولى وادعى خروجها قبل الرجعة، فالقول قول الزوج. وقيل: لا يكلف اليمين، لتعلق حق النكاح بالزوجين، وفيه تردد»، وجه التردد من تعلق الحق بالزوجين، ومن أن حق المولى انما يسقط زمن الزوجية لا مع زواها.

حجة القائل بتقديم قول الزوج هو أن الرجعة تفيد استباحة البضع، وهو حق يتعلق بالزوجين فقط. فع تصادقهما على صحتها شرعاً لم يعتبر رضا المولى،

ولا يفتقر الى اليمين على الزوج للمرأة لمصادقتها، ولا للمولى لعدم اعتبار رضاه. وفي الجواهر: فالقول قول الزوج فلا يقبل من المولى إلا ببيّنة، لأنّ الأمر في العدة اليهن، ولكون الحق بينهما وقد ارتفعت سلطنة المولى عنها بالنكاح مادام عليه. ومن المعلوم أن الطلاق الرجعي والرجعة فيه من توابعه فالأمر فيه اليهما. بل قيل - والقائل الشيخ فيما حكى عنه - : إنه لا يكلف الزوج اليمين على ما ادعاه لما مرّ من انحصار تعلق النكاح بالزوجين.

حجّة القائل بتقديم قول المولى هو أن حق المولى انما يسقط زمن الزوجية لا مع زوالها. وهو الآن يدعي عود حقه والزوج ينكره، فتوجه اليمين عليه. وبهذا يظهر منع تعلق الحق بالزوجين فقط، فان ذلك انما هو في زمن الزوجية إذ قبلها الحق منحصر في المولى، وكذلك بعدها، والنزاع هنا في ذلك، فالقول باليمين أجود، بل يحتمل تقديم قول المولى لقيامه في ذلك مقام الزوجة، وقولها مقدّم على الوجه المتقدم فلا أقل من توجه اليمين على الزوج كما في المسالك.

ومن كون المولى في الحقيقة مدّعياً لارتفاع علقته النكاح فيتوجه له اليمين عليه - أي على الزوج - لعموم «اليمين 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 الانثيين، قيل: تجب العدة لإمكان الحمل بالمساحقة، وفيه تردّد»، وجه التردّد من إمكان الحمل بالمساحقة، ومن أنّ العدة تترتب على الوطي والدخول.

حجّة القائل بوجود العدة لإمكان الحمل عادة بالمساحقة مع بقاء الانثيين

١ - الوسائل الباب ٣ من ابواب كيفية الحكم الحديث ١.

حينئذٍ. ومن المعلوم أنّ الأصل في الاعتداد الحمل والتحرز عن اختلاط المائين، ولذا انتفى عمن لا يحتمل ذلك فيها. ولشمول المس والدخول لذلك وغيره، خرج غيره من الملامسة بسائر الأعضاء بالاجماع ومس محبوب الذكر والانثيين جميعاً بالعلم عادة ببراءة الرحم، ويبقى هذا المس داخلاً من غير مخرج له.

ولفظ المبسوط: وان كان قطع جميع ذكره فالنسب يلحقه، لأنّ الخصيتين إذا كانتا باقيتين فالانزال ممكن، ويمكن أن يساقق فينزل. فإن حملت منه اعتدت بوضع الحمل، وان لم تكن حاملاً اعتدت بالشهور. ولا يتصور أن تعتد بالاقراء، لأنّ عدة الاقراء انما تكون عن طلاق بعد دخول، والدخول يتعذر من جهته.

حجة القائل بعدم وجوب العدة هو أنها تترتب على الوطي والدخول ونحوهما مما لا يصدق على المساحقة، والمس حقيقة في عرف الشرع أو مجاز مشهور في الوطي. وكذا الدخول بها، فلا أقل من تبادره الى الفهم على أنه مطلق يقيد بما دلّ على اعتبار التقاء الختانين والادخال ونحوهما. وامكان الحمل بمساحقته لا يكفي في العدة بعد أن كان موضوعها في النصّ والفتوى الدخول ونحوه مما لا يشمل المساحقة.

فن النصوص القائلة بوجوب العدة بالدخول وعدمها بعدمه ما عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عدة، تزوج من ساعتها إن شاءت وتبينها تطليقة واحدة. وإن كان فرض لها مهراً فنصف ما فرض»^١، وغيرها من الروايات المتعددة بهذا المضمون فراجع وتأمل.

في عدة الوفاة

ج ٣ ص ٣٨ قوله رحمه الله: «وتستوي في ذلك الصغيرة والكبيرة والمسلمة والذمية. وفي الأمة تردّد، أظهره لاحداد عليها»، ينشأ التردّد من عموم أو اطلاق الأدلة، ومن نفي الحداد عنها في بعض الأخبار.

حجة القائل بوجوب الحداد على الجميع حتى الأمة هو النبوي 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 المبسوط وابن ادريس في السرائر وظاهر أبي الصلاح وسلاّر وابن حمزة فأوجبوا الحداد عليها كالحرة للنبوي المذكور.

ومن النصوص الشاملة لهاما عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: إن مات عنها زوجها وهو غائب فقامت البيّنة على موته، فعدتها من يوم يأتيها الخبر أربعة أشهر وعشراً، لأنّ عليها أن تحدّ عليه في الموت أربعة أشهر وعشراً، فتمسك عن الكحل والطيب والأصباغ»^٢. الى غير هذا من الروايات المطلقة والله سبحانه العالم.

حجة القائل بعدم وجوب الحداد على الزوجة الأمة هو الأصل - أي أصل البراءة - ويؤكد صحیح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «أن الحرة والأمة كلتيهما اذا مات عنها زوجها سواء في العدة، إلا أن الحرة تحدّ والأمة لا تحدّ»^٣، وفاقاً لجماعة، بل قيل: إنه الأشهر لاحداد عليها. وقال به الشيخ في النهاية وتبعه القاضي وهو مذهب ابن الجنيد ومتقدمي أصحابنا واختاره المصنّف والعلامة في القواعد للأصل المتقدّم والرواية وفي المسالك: الأقوى ما اختاره

١ - سنن ابن ماجه ٦٧٤/١ وسنن البيهقي ج ٧.

٢ و ٣ - الوسائل الباب ٢٩ و ٤٢ من ابواب العدد الحديث ٢٠١.

المصنف صاحب الشرايع من عدم وجوبه على الأمة.

ج ٣ ص ٤٠ قوله رحمه الله: «لا نفقة على الغائب في زمان العدة ولو حضر قبل انقضائها، نظراً الى حكم الحاكم بالفرقة، وفيه تردد»، ينشأ التردد من أنها عدة وفاة فلا تستتبع النفقة، ومن أنها بحكم الزوجة مادامت في العدة فلها النفقة. حجة القائل بسقوط النفقة هو أصالة البراءة، وأنها عدة نشأت من حكم الحاكم بالفرقة. فهي إما عدة وفاة وان جازله الرجوع في أثنائها، أو عدة طلاق ولكن لا دليل على النفقة فيها. فان جازله الرجوع بدعوى ظهور الأدلة في أن نفقة المطلقة الرجعية فيا لو طلقها هو، لا الطلاق في مثل الفرض الناشئ من حكم الحاكم الذي هو باق على مقتضى أصالة 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 أعلم بالصواب.

حجة القائل بوجوب النفقة هو ظهور النصوص في كونه طلاقاً رجعياً، وان كان المباشر له الولي الشرعي الذي هو أولى من الوكيل بل يظهر من بعض النصوص أن حكم العدة فيه حكم العدة الرجعية وان لم يكن ثم طلاق.

وفي المسالك: من أنها بحكم الزوجة ما دامت في العدة فيجب لها النفقة لو حضر قبل انقضائها، فلولا أنها زوجة لما صح له ذلك إلا بعقد جديد، وخصوصاً على القول بأن الولي يطلقها، لأن الظاهر أن الطلاق الرجعي لما ظهر من الروايات أنه يراجعها اذا حضر. والطلاق الرجعي لا يسقط النفقة، ولأنها محبوسة عليه في هذه الحالة فناسب وجوب نفقتها حال العدة. ولو كان حضوره بعد انقضاء العدة فأولى بعدم الوجوب للحكم بالبينونة. ويحتمل وجوب قضاء نفقة زمن العدة وان انقضت، لأن نفقة الزوجة تقضى، 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 ٤٠ قوله رحمه الله: «لا يرثها الزوج لومات بعد العدة. وكذا لا ترثه، والتردد لو مات أحدهما في العدة، والأشبه الإرث»، وجه التردد من أن العدة عدة وفاة، ومن بقاء حكم الزوجية.

حجة القائل بعدم التوارث: هذه المسألة ترتبط بما قبلها وهي زوجة المفقود يعني اذا مات هو أو زوجته بعد حكم الحاكم بالفرقة، فأما أن يكون موته في أثناء العدة أو بعدها قبل التزويج أو بعده. ففي الأخير لا توارث بينهما 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 ببينونها بانقضاء العدة.

و على 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 بالبينونة مبني على الظاهر ومستمر مع الاشتباه، لا مع ظهور الحال. والأقوى عدم الإرث وإن قلنا بذلك، لأن المشهور حكم بانقطاع العصمة بينهما 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.

و أما لومات أحدهما وهي في العدة ففي ثبوت الإرث قولان: أحدهما ما نحن بصدد بيانه وهو عدم التوارث، لأن العدة عدة وفاة وهي تقتضي نفي الإرث، كما ذكره صاحب المسالك رحمه الله.

حجة القائل بثبوت الإرث اذا مات أحدها وهي في العدة هو بقاء الزوجية بما قد علم، ولأن العدة في حكم الرجعة كما عرفت، وهي لا تقطع التوارث بين الزوجين. وجعلها عدة وفاة مبني على الظاهر وعلى وجه الاحتياط، وإلا لم يجمع

الطلاق، فإذا تبين خلاف الظاهر رجع حكم الطلاق الرجعي أو الزوجية من رأس. 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 طَلقت في مسكن دون مستحقها، جاز لها الخروج عند الطلاق الى مسكن يناسبها، وفيه تردد»، وجه التردد من أنه حقها، ومن حرمة الخروج. حجة القائل بجواز المطالبة والخروج حال العدة: قد عرفت أن المطلقة ملازمة مسكن الطلاق مع الاختيار، فلو عرض له انهدام لا يقبل الاصلاح وهي ساكنة فيه جاز اخراجها الى غيره. وكذا لو كان مستعاراً ورجع المعير فيها، أو مستأجراً وانقضت مدة الاجارة. والغرض المهم ملازمة 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 الى منزل يليق بها، وهو القول بتحري الأقرب فالأقرب وجوباً. والمصنف تردد في جواز خروجها الى مسكن يليق بها اذا كانت وقت الطلاق في الأدون راضية به كما ذكر ذلك صاحب المسالك رحمه الله تعالى.

حجة القائل بعدم جواز خروجها من المسكن الذي طَلقت فيه هو عموم النهي عن إخراجهن من بيوتهن وعن خروجهن منه كتاباً وستة، الشامل لموضوع النزاع هو ما روى محمد بن علي بن جعفر عن الرضا عليه السلام في قوله

تعالى: «ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة» قال: يعني بالفاحشة قال: أذاها لأهل الرجل وسوء خلقها، فإذا فعلت فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضي عدتها فعل «أ»، 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 النشوز، فإن طلقها على نشوز سقط حقها من السكنى، وهو بعيد. وقيل: الفاحشة كل امعصية لله تعالى، وهذا أقرب إلى الظاهر وفي المسألة أقوال أخر تركنا ذكرها فراجع وتأمل.

كتاب الخلع والمباراة

في فدية الخلع

ج ٣ ص ٥١ قوله رحمه الله: «ويصح بذل الفداء منها ومن وكيلها ومن يضمنه بإذنها. وهل يصح من المتبرع فيه تردد، والأشبه المنع»، وجه التردد من أن البذل نسب إليها في الآية الشريفة، ومن جواز فداء الأمة نفسها بمال سيدها مع الاذن. حجة القائل بلزوم الفداء من المختلعة أو وكيلها هو أصالة بقاء النكاح الى أن يثبت المزيل، وقوله تعالى «فلا جناح عليهما فيما افتدت به»^١. وبذل وكيلها في معنى بذلها لأنه يبذله من مالها بإذنها، وكذا بذله ممن يضمنه في ذمته بإذنها، فيقول للزوج: طلق زوجتك على مائة وعليّ 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 الموكل 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، ففي صحته قولان: أظهره بين الأصحاب، هو الذي اختاره المصنف والشهيد والشيخ الطوسي وغيرهم من الأصحاب، عدم الجواز كما في المسالك بل فيها قال: لم يعرف القائل بالجواز منا، الى آخر ما ذكره فيها، في الجواهر أيضاً.

حجة القائل بصحة الفداء ولو من المتبرع هو مذهب جميع من خالفنا من

الفقهاء، إلا من شدّ منهم، ومبنى القولين على أن الخلع فداء أو معاوضة، أو على أنه طلاق أو فسخ.

فعلى القول بأنه فداء و طلاق يصحّ من المتبرّع الأجنبي، لجواز الافتداء منه وبذل مال له ليطلقها، كما يصح التزام المال ليعتق عبده. وقد يتعلّق به غرض بأن كان ظالماً بالامسك وتعذر ازالة يده بالحجّة، أو كان يبتغي العشرة ويمنع الحقوق فأراد المختلح تخليصها.

وعلى كونه طلاقاً فالطلاق يستقل به الزوج فجاز أن يسأله الأجنبي على مال. كما اذا قال: الق متاعك في البحر وعليّ كذا. وعلى القول بأنه معاوضة فقد تقدّم ما يدلّ على منعه الى آخر ما ذكره في المسالك، وفي المسألة زيادة تفصيل تطلب من محلّها في الكتب المطولة.

أقول: القول بعدم الصحة من المتبرّع لا يخلو من قوة، والله سبحانه أعلم.
ج ٣ ص ٥١ قوله رحمه الله: «فإن لم ترض يدفع البذل، صح الخلع، وضمن المتبرّع، وفيه تردّد»، وجه التردّد من أنه ضمان لأجنبي كما تقدّم، ومن أنه كالفضوليّ.
حجّة القائل بصحة الخلع و ضمان المتبرّع إذا رضيت به هو ما قدّمناه - من القول: الق متاعك في البحر وعليّ ضمانه لوقلنا 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. وأما ضمان ذلك فلا أثر له، اللهم إلا أن يكون بعنوان الشرطية والتوسعة في أمر الفداء، لكن بعد البناء على صحته من المتبرّع كما في الجواهر، فتأمل به جيداً.

حجّة القائل بعدم صحة الخلع بهذا المعنى هو مرجعه الى ضمان الأجنبي أيضاً، الذي قد عرفت عدم مشروعيته، بل هو ضمان ما لم يجب. ويحتمل عدم الصحة لأن مرجعه الى التبرّع حيث لا تميز بذل مالها، فلا يصح.
لكن قد ورد صحة ضمان ما لم يجب في مواضع لمسيس الحاجة كما في «الق

متاعك في البحر وعليّ ضمانه» حذراً من غرق السفينة كما تقدم. وقد تسمي الحاجة هنا الى مثل ذلك، وعدم الصحة لا يخلو من قوة كما في المسالك، ولو قلنا بصحة ضمان ما لم يجب لا يقتضي صحة ما نحن فيه، لأنه من القياس الباطل عندنا، كما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله تعالى والله أعلم.

في أحكام الخلع

ج ٣ ص ٥٥ قوله رحمه الله: «وإن طلق واحدة قيل: له ثلث الألف لأنها جعلته في مقابلة الثلاث فاقضى تقسيط المقدار على الطلقات بالسوية، وفيه تردّد»، منشأ التردّد من أنها جعلته في مقابلة المجموع فله ثلث الألف، ومن أنها شرطت الثلاث فلا يستحق شيئاً.

حجّة القائل بالأول هو جعل الجملة في مقابلة الثلث، فلأنه طلق واحدة خاصة فيستحق ثلث الألف، لأنّ جعل الألف في مقابلة عدد يقتضي تفريقه على أحاد ذلك العدد. وقد حصل ثلثه فيكون له ثلث الألف، كما ذكره في المسالك نقلاً عن مبسوط الشيخ الطوسي رحمه الله.

حجّة القائل بالثاني هو: أن بذل الألف شرط في هذا العدد - أعني الثلاث طلقات - فإذا طلق واحدة كذلك نقله في المسالك عن موضعين في المبسوط أنه قال: لا يستحق شيئاً، وهو الذي يرشد إليه تردّد المصنّف. لأنّ البذل في مقابلة المجموع من حيث هو، كما حقق في محله. وللمجموع حالة وهي البيئونة لا تحصل لكل واحد من آحاده فلا يستحق شيئاً، وقواه في المسالك فهو طلاق بشرط ولم يحصل. وتحريره إن المصنّف نقل عن الشيخ أنها إذا قالت: طلقني بألف فطلقها لا يصح، لأنه طلاق بشرط الثلاث، فاذا لم يوقع الثلاث لم يوجد الشرط، فلم يستحق شيئاً، وفي المسألة زيادة تفصيل، ذكر ذلك صاحب المسالك فراجع وتأمل والله أعلم.

كتاب الظهار

في صيغة الظهار

ج ٣ ص ٦٢ قوله رحمه الله: «وفي وقوعه موقوفاً على الشرط تردّد، أظهره الجواز»، وجه التردّد من أنه كالطلاق وهو لا يقبل التعليق، ومن قيام الأدلة على الجواز. حجة القائل بعدم الوقوع - أي وقوع الظهار - هو أصالة بقاء الحلّ، والشك في السبب، ولرواية القاسم بن محمد الزيات «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني ظاهرت من امرأتي. فقال: كيف قلت؟ قال: قلت أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا، فقال لي: لا شيء عليك ولا تعد»،^١ ولا شيء للعموم لأنه نكرة في سياق نفي فيلزم منه نفي الكفارة اللازمة للظهار. ونفي اللازم يستلزم نفي الملزوم.

وعن ابن بكير عن رجل «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني قلت لامرأتي أنت عليّ كظهر أمي إن خرجت من باب الحجر، 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.

و رواية ابن فضال مرسلًا عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق»^٣، والطلاق لا يقع معلقاً على الشرط كما سبق. فكذاك الظهار، وقال به السيد المرتضى في الانتصار القاضي في كتابه

والتقي وسلار وابن زهرة، وحكاه بن أدريس في السرائر عن المفيد واختاره، وهو قوي كما في التنقيح الرائع لما تقدم في الطلاق أنه لا يقع مع الشرط. والروايتان السابقتان وإن نوقش فيهما إلا أنهما موافقتان للأصل والله سبحانه العالم.

حجة القائل بوقوع الظهار مع الشرط هو رواية حريز في الصحيح عن الصادق عليه السلام «قال: الظهار ظهاران، فأحدهما أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي ثم يسكت فذلك الذي يكفر، فاذا قال: أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا ففعل وحنث، فعليه الكفارة حين يحنث»^١.

وصحيح ابن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: الظهار ضربان: أحدهما فيه الكفارة قبل الواقعة، والآخر بعدها، فالذي يكفر قبل الواقعة فهو الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي ولا يقول إن فعلت بك كذا وكذا، والذي يكفر بعد الواقعة الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي إن قربتك»^٢.

وعن عبدالرحمن بن أبي نجران عن عبدالرحمن بن الحجاج «قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمه لزمه الظهار، قال لها دخلت أو لم تدخلني خرجت أو لم تخرجني، أو لم يقل لها شيئاً فقد لزمه الظهار»^٣، مضافاً إلى العمق كتاباً وستة وقال: بل عمل بهذه الروايات الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف وابن بابويه وابن حمزة، واختاره المصنف لعموم الآية، فانه كما يتناول المطلق يتناول المشروط والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٣ ص ٦٢ قوله رحمه الله: «لوقال أنت طالق كظهر أمي وقع الطلاق ولغى الظهار، قصد الظهار أو لم يقصده. وقال الشيخ: إن قصد الطلاق والظهار صح إذا كانت المطلقة رجعية، فكأنه قال: أنت طالق، أنت عليّ كظهر أمي، وفيه تردّد»، وجه التردّد من وقوع الظهار لأنها مخاطبة بهما، ومن أنّ كلمة الظهار غير صريحه فيه.

حجّة القائل بوقوع الظهار بقوله أنت طالق كظهر أمي هو قول الشيخ الطوسي، لأنّ كلمة الخطاب السابقة وإن صرفت أولاً الى الطلاق، ولكنها تعود الى الظهار أيضاً مع النية ويصير كأنه قال: أنت طالق أنت كظهر أمي. وقيد الشيخ بكون المطلقة 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 يتوجه هذا عند من يعتد بالكفاية اعتماداً على النية، بل بعض من اعتد بالكفاية ردّ هذا أيضاً، بناءً على ما ذكرناه من أنّا إذا استعملنا قوله - أنت طالق - في إيقاع الطلاق لم يبق إلا قوله كظهر أمي وأنه لا يصلح كناية، إذ لا خطاب فيه. وأيضاً فالأصل في هذا التركيب أن تكون الجملة الواقعة بعد النكرة وصفاً لها فالعدول بها عن أصلها خلاف الصريح، وليس هذا كتعدد الخبر على المبتدأ الواحد، لأنّ ذلك حيث يصلح الثاني للخبرية بالوضع وليس كذلك هنا، ثم قال صاحب المسالك رحمه الله بعد هذا الكلام: والأصح عدم وقوع الظهار، والله أعلم.

في شرائط المظاهرة

ج ٣ ص ٦٤ قوله رحمه الله: «وفي اشتراط الدخول تردّد، والمروي اشتراطه، وفيه قول آخر مستنده التمسك بالعموم»، منشأ التردّد من أنه مروى، ومن التمسك بالعمومات. حجّة القائل باشتراط الدخول هو صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام «قال: في المرأة التي لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها ايلاء ولا ظهار»^١. وفي صحيح الفضل بن يسار «قال: سألت أبا عبد الله

١ - الوسائل الباب ٨ من ابواب كتاب الظهار الحديث ٢.

عليه السلام عن رجل مملك ظاهر من امرأته؟ فقال لي: لا يكون ظهار ولا ايلاء حتى يدخل بها»^١، الى غير ذلك من النصوص المعتضدة بعمل الشيخ الطوسي والصدوق وأكثر المتأخرين كما في المسالك.

أقول: الاشتراط قوي لثبوت تخصيص الكتاب بالخبر الواحد في الاصول. حجة القائل بعدم اشتراط الدخول هو الخبر الوارد عن ابن فضال عمّن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق»^٢، لأنّ الطلاق لا يشترط فيه الدخول. فكذلك الظهار، وقال به المفيد والمرضى وسلاّر وابني ادريس وزهرة.

ومن عموم الكتاب قوله تعالى «الذين يظاهرون من نسائهم»^٣، يشمل المدخول بها وغيرها، والله العالم.

ج ٣ ص ٦٤ قوله رحمه الله: «وفي الموطوءة بالملك تردّد، والمروي أنه يقع كما يقع بالحرّة»، وجه التردّد من الأصل، ومن أنه مروي.

حجة القائل بعدم وقوع الظهار في الأمة هو الأصل، وخبر حمزة بن حمران «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل جعل جاريتته عليه كظهر أمه؟ قال: يأتيها وليس عليه شيء»^٤ وربما يؤيد ما نحن فيه من خبري حمزة بن حمران وقضية تزويجه من بنت بكير، وذكر ذلك لأبي عبدالله عليه السلام أنه ظاهر من إمامه فأمره أن يقرهن.

و للمحكي عن بني أبي عقيل و حمزة و البرّاج و إدريس، والمفيد وأبي

١ - الوسائل الباب ٨ من ابواب كتاب الظهار الحديث ١.

٢ - الوسائل الباب ٢ من كتاب الظهار الحديث ٣.

٣ - سورة المجادلة آية ٢.

٤ - الوسائل الباب ١١ من كتاب الظهار الحديث ٦.

٥ - المصدر الباب ٦ من كتاب الظهار الحديث ٣ و ٢.

الصلاح وسلاّ رأنه لا يقع عليها - أي الأمة - لقوله عليه السّلام في الخبر السابق «لا يكون ظهاراً إلاّ على مثل موقع الطلاق». ولأنّ الظهار كان في الجاهلية طلاقاً كما سبق والطلاق لا يقع بها. ولأنّ المفهوم من النساء في الآية الزوجة ولورود السبب فيها، وإن اجيب عن ضعف السند في رواية بن حمران فراجع وتأمل والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بوقوع الظهار من الأمة الموطوءة بالملك هو دخولها في عموم قوله تعالى «والذين يظاهرون من نسائهم»، إذا قلنا بعدم الانصراف الى الزوجة، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام «قال: سألته عن الظهار على الحرة والأمة؟ فقال: نعم!». وخبر حفص بن البختري عن الصادق أو الكاظم عليهما السّلام «في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن جميعاً؟ فقال: عليه عشر كفارات»^٢. وموثقة اسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السّلام «قال: سألته في الرجل يظاهر من جاريته؟ قال: الحرة والأمة في هذا سواء»^٣.

وذهب الشيخ وابن حمزة وجماعة من المتأخرين الى الوقوع. وقال في المسالك: وهو أصحّ القولين، وقواه في الجواهر وفاقاً للمشهور. أقول: القول به لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم.

في الكفارات

ج ٣ ص ٦٧ قوله رحمه الله: «و كفارة من أفطريوماً، نذر صومه، على أشهر الروايتين. وكذا كفارة الحنث في العهد، وفي النذر على تردّد»، منشأ التردّد هنا من الخلاف في كفارة العهد واليمين لاختلاف الروايات الواردة في الباب. حجّة القائل بأن كفارة العهد واليمين بخيرة ككفارة شهر رمضان في مقام

الحنث هو خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام «قال: سألته 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 أحدهما عليهما السلام «قال: من جعل عليه عهد الله وميثاقه في أمر الله طاعة فحنث فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً»^٢.

و خبر عبد الملك بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: سألته عن من جعل لله عليه أن لا يركب محرماً سماه فركبه؟ قال: لا ولا أعلمه إلا قال: فليعتق رقبة أو ليصم 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 الكفارة؟ فأجاب: يصوم يوماً بدل يوم وتحرير رقبة مؤمنة»^٤ الحديث. بناءً على أن المراد من الرقبة التخيير. هذا هو المشهور، بل عن الانتصار والغنية الاجماع عليه، وهما الحجّة بعد تأييدهما بخبري العهد الذي هو مثله كما تقدم، ولا فرق بين النذر والعهد عند الشيخين رحمهما الله.

حجّة القائل بأنها كفارة يمين في مخالفة العهد والنذر هو قول الصدوق في المقنع أنها كفارة يمين فيها، معتمداً على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام «قال: سألته عن كفارة النذور؟ فقال: كفارة النذور كفارة اليمين»^٥.

١ و ٢ - الوسائل الباب ٢٤ من ابواب الكفارات الحديث ١ و ٢.

٣ - المصدر الباب ٢٣ من ابواب الكفارات الحديث ٧.

٤ - الوسائل الباب ١٠ من ابواب بقية الصوم الواجب الحديث ٣.

٥ - المصدر الباب ٢٣ من ابواب الكفارات الحديث ١.

و عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: إن قلت لله عليّ فكفارة يمين»^١.

و خبر صفوان الجمال عن أبي عبد الله عليه السلام «قلت له: بأبي وأمي جعلت على نفسي شيئاً الى بيت الله؟ قال: كَفَّرَ يمينك فإنما جعلت على نفسك يميناً»^٢ الحديث.

و لصحيح ابن مهزيار «قال: كتب بندار مولى ادريس: ياسيدي اني نذرت أن أحرم كل سبت وإن أنا لم أصمه ما يلزمي من الكفارة؟ فكتب اليه وقرأته: لا تتركه إلا من علة، وليس عليك صومه في سفر ولا مرض، إلا أن تكون نويت ذلك، وإن كنت أفطرت فيه من غير علة فتصدق بقدر كل يوم سبعة مساكين»^٣.

و أما كفارة اليمين في العهد بعد الحنث كما قدمنا، نظراً الى ضعف روايتي وجوب التخير، وكونه كاليمين في الالتزام، ولأصالة البراءة من الزائد. واعلم إن قول المصنف في المتن - وكذا كفارة الحنث في العهد وفي النذر على تردد - يقتضي ايجاب الكفارة المخيرة في خلف العهد والنذر مطلقاً كما في حكمه اذا كان النذر صوماً فافطره، لكن في الافطار يحرم وفي باقي أفراد النذر ومطلق العهد على تردد، الى آخر ما ذكره صاحب المسالك، وفيه تفصيل آخر في المسألة فراجع وتأمل والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ٦٩ قوله رحمه الله: «الأول: الايمان وهو معتبر في كفارة القتل إجماعاً، وفي غيرها مع التردد، والأشبه اشتراطه»، منشأ التردد من التقييد بالايمان في بعض الأدلة، ومن الاطلاق في بعضها.

حجة القائل باشتراط الايمان في الرقبة المعتقة في كفارة الظهار وغيره هو ما

١ و ٢ - الوسائل الباب ٢٣ من ابواب الكفارات الحديث ٤٣.

٣ - الوسائل الباب ٧ من ابواب بقية الصوم الواجب كتاب الصوم الحديث ٤.

ورد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «في قوله تعالى «فتحرير رقبة مؤمنة» قال: يعني مقرة بالإمامة»^١. وعن الحسين بن سعيد عن رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كل العتق يجوز له المولد إلا في كفارة القتل، فإن الله تعالى يقول «فتحرير رقبة مؤمنة»، قال: يعني بذلك مقرة قد بلغت الحنث ويجزي في الظهار صبي بمن ولد في الاسلام»^٢ الحديث. وعن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام «قال: سألته عن الظهار هل يجوز فيه عتق صبي؟ فقال: اذا كان مولوداً ولد في الاسلام أجزاء»^٣.

واشترط المصنف وفاقاً للمحكي عن السيد و الشيخ و الحلبي وغيرهم، بل في الرضا وغيره نسبه الى الأكثر، بل عن انتصار الأول وكشف الحق الاجماع عليه. كما في الجواهر، هذا ولقاعدة الاحتياط الواجب مراعاتها عند كثير في مثل المقام تحصيلاً للبراءة اليقينية من يقين الشغل، ويؤيده ما دل على عدم جواز عتق الكافر من الاجماع المحكي، وفي المطلب مزيد توضيح في محله فراجع وتأمل. حجة القائل بعدم الاشتراط هو ما ورد عن أبان وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث الظهار^٤ «قال: ثم أنزل الله الكفارة في ذلك فقال: «الذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير»^٥.

وعن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: سمعته يقول: جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله ظاهرت من امرأتي، قال: اذهب فاعتق رقبة، قال: ليس عندي، قال: اذهب فصم شهرين متتابعين،

١ و ٢ و ٣ الوسائل الباب ٧ من ابواب الكفارات الحديث ٥٦٩.

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 فأعطاه تمرّاً لإطعام ستين مسكيناً، قال: اذهب فتصدق بهاء، فقال: والذي بعثك بالحق ما أعلم بين لابتها أحداً أحوج إليه مني ومن عيالي، قال: فاذهب فكل واطعم عيالك^١ ويؤيد هذا ما روي^٢ من فعل علي عليه السلام أنه أعتق عبداً نصرانياً فأسلم.

و ذهب جماعة الى عدم اشتراط الايمان في غير كفارة القتل للأصل، منهم الشيخ في المبسوط والخلاف وابن الجنيد. ثم المراد بالايمان هو الاسلام وهو الاقرار بالشهادتين لا معناه الخاص وهو التصديق القلبي بهما والله سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٣ ص ٧٠ قوله رحمه الله: «ولو أسلم المراهق لم يحكم باسلامه على تردّد»، وجه التردّد من ارتفاع القلم عنه، ومن تمامية عقل المميز واعتبار الشارع له. حجة القائل بعدم الحكم باسلام المراهق هو اطلاق ما دلّ^٣ على سلب عبارته أو تصرفاته، لأنه رفع القلم عنه التي من جملتها الاسلام، مؤيداً بما سمعته من النصوص^٤ التي ذكرت في محلّها المشتملة على اعتبار البلوغ لتحقق الايمان، كما في الجواهر وقال في المسالك: والوجه عدم الحكم باسلامه قطعاً للموانع التي ذكرها في محلّها.

حجة القائل بالحكم باسلامه هو اعتبار عبارته في الوصية والصدقة وغيرهما، وتتمام عقل المميز واعتبار الشارع له في الاسلام أولى، ولأنّ الاسلام يتعدى من فعل الأب اليه على تقدير كون أحد أبويه مؤمناً، فباشرتة للايمان مع عدم ايمان

١ - الوسائل باب ٢ من أبواب الكفارات الحديث ١.

٢ - الوسائل الباب ١٧ من أبواب كتاب العتق الحديث ٢.

٣ - المصدر الباب ٢ من كتاب الحجر ٣٢ من مقدمات الطلاق من كتابه.

٤ - المصدر الباب ٧ من أبواب الكفارات.

أبويه أقوى^١.

و إطلاق ما دل^١ على حصول الاسلام بقول الشهادتين إنما هو لبيان عدم الحاجة الى قول آخر غير قولهما. نحو اطلاق كل عقد وایقاع المعلوم تقييده بصحة العبارة كما في الجواهر، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ٧١ قوله رحمه الله: «فهل يجزي عند أدائها؟ قيل: نعم لتحقق عتق الرقبة، وفيه تردّد»، منشأ التردّد من تحقق العتق الذي هو مقصود الشارع، ومن منع كون المقصود عتقها أي الرقبة مطلقاً.

حجّة القائل بالاجزاء عند أداء حصة الشريك لتحقق عتق الرقبة، الذي هو مقصود الشارع، أي أنّ الموسر إذا أعتق نصيبه من العبد المشترك سرى الى نصيب صاحبه.

و هل تحصل السراية بنفس اللفظ أو بأداء القيمة؟ أوجه، وعليها يتفرع إعتاق العبد عن الكفارة. فالمشهور بين الأصحاب صحته إذا نوى عتقه عن الكفارة. أما نصيبه فظاهر، وأما في الباقي فلا ن سبب استحقاق عتقه إعتاق نصيبه وقد اقترنت به فيه الكفارة، والعتق في الباقي يتبع العتق في نصيبه، فكما يتبعه في أصل العتق جاز أن يتبعه في الوقوع عن الكفارة.

ولا فرق في الاجزاء على هذا بين أن يوجه العتق على جميع العبد وبين أن يوجهه على نصيبه، لحصول العتق بالسراية في الحالتين كما في المسالك، ثم قال: وعلى تقدير الاجزاء، فهل تكفي النية الاولى لنصيب الشريك أم يحتاج الى تجديد النية عند أداء القيمة؟ وجهان: أحدهما اختاره الشيخ في المسوط انه يكفي نيته عند التلفظ، لأن النية اقترنت بالعتق إلا أنّ العتق حصل على ترتب وتدرج، الى آخر ما ذكره صاحب المسالك، وفيه تفاصيل اكثر أخذنا منها محل الحاجة

والله العالم.

حجة القائل بعدم الاجزاء هو أن العتق للكفارة هو عتق الشق الثاني من العبد انما حاصل بسبب بذل العوض، لا بسبب الكفارة خصوصاً إذا كان معسراً. وقال ابن الجنيد بعدم اجزاء هذا العتق عن الكفارة، لأن عتق السراية حصل بغير قصده بل بالنية عليه. ويصدق أن يقال ما أعتق جميع العبد وانما اعتق نصيبه، وعتق عليه الباقي بحكم الشرع. قال صاحب المسالك: وهذا قول موجه إلا أن الأشهر الاجزاء.

أقول: ما قاله صاحب المسالك من الاجزاء لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ٧٤ قوله رحمه الله: «ولو قال له قائل: اعتق مملوكك عن كفارتك ولك علي كذا، فأعتق، لم يجز عن الكفارة لأنه قصد العوض، وفي وقوع العتق تردّد»، وجه التردّد من أنه عتق وقع من أهله في محله، ومن أنه لم ينو العتق مطلقاً.

حجة القائل بوقوع العتق مجرداً عن الكفارة هو أنه جامع للشرائط من أهله في محله، وإن قصده للكفارة يستلزم قصد مطلق العتق، لأن المطلق موجود في ضمن المقيد. وقد تعذّر العتق عن الكفارة لمانع العوض، فيقع المطلق لأن العوض لا ينافيه. كما عن المسوط، بل في غاية المراد هذا هو الاصح، وفي كشف اللثام هو الأجود، والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بعدم وقوع العتق لأنه لم ينو العتق مطلقاً وانما نواه عن الكفارة، فلو وقع عن غير الكفارة لزم وقوعه بغير نية، وقد قال صلى الله عليه وآله «انما الأعمال بالنيات». ويتفرع على ذلك لزوم العوض للأمر. فحكم الشيخ بلزوم العوض تفريقاً على القول بصحة العتق المطلق لأنه فعّل ما أمره به فاستحق العوض. كغيره من الأعمال، واستحسنه المصنّف، هذا ما ذكره في المسالك، وأورد على قول الشيخ بأنه لم يقع المعوض عنه - وهو العتق عن الكفارة - ولا وقع

العتق له فلا يستحق العوض، الذي هو الجعل على ذلك. ومن هذا قيل: إن الحكم بلزوم العوض وعدم الاجزاء عن الكفارة مما لا يجتمعان، هذا وفي المسألة مزيد بيان وتفصيل لا يسعها هذا المختصر فراجع وتأمل.

ج ٣ ص ٧٥ قوله رحمه الله: «وهل يأثم مع الافطار؟ فيه تردد، أشبه عدم الاثم فيه»، منشأ التردد من وجوب المتابعة، فالمحل بها آثم، ومن أن جواز التفريق دليل على عدم الاثم.

حجة القائل بالاثم اذا أفطر لا لعذر هو أن التابع في الشهرين عرفاً ولغةً باكماهما، فاذا لم يحصل الاكمال فلا أقل من الاثم.

والاستبعاد في الاجزاء مع عدم التابع النصوص الواردة منها ما عن أبي بصير «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قطع صوم كفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة القتل، فقال إن كان على رجل صيام شهرين متتابعين فأفطر أو مرض في الشهر الأول، فإنّ عليه أن يعيد الصيام، وإن صام الشهر الأول وصام من الشهر الثاني شيئاً ثم عرض له ماله فيه عذر، فإنّ عليه أن يقضي»^١.

ومنها ما عن جميل ومحمد 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 بنى على ما بقي»^٢.

وقال الشيخ في المبسوط: اذا عجز عن الاعتقاق وشرع في الصيام فعليه أن يصوم شهرين متتابعين. فإن أفطر في أثناء الشهرين لم يخل إماماً أن يفطر لعذر أو غير عذر، فإن أفطر غير عذر لزمه الاستيناف 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

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 المفيد وابن الجنيد وابن زهرة القول بالاثم. كما في التنقيح الرائع والله العالم بالصواب. حجة القائل بعدم الاثم في التفريق في الشهر الثاني هو الأصل. ولأن التتابع إن صدق بذلك فلا وجه للاثم لتحقق الامتثال، وإلا لم يجز كما في المسالك، ولصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «والتتابع أن يصوم شهراً و من الآخر شيئاً أو أياماً منه»^١ الحديث.

و ذهب الأكثر الى عدم الاثم بذلك وفي المسالك: ويتحقق التتابع في الشهرين بصوم شهر متتابع ومن الثاني شيئاً ولو يوماً، فاذا فرّق بعد ذلك لم يقدح في التتابع إجماعاً متاً، مضافاً الى خبر سماعة بن مهران «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون عليه صوم شهرين متتابعين، أيفرق بين الأيام؟ فقال: اذا صام اكثر من شهر فوصله ثم عرض له أمر فأفطر فلا بأس، فإن كان أقل من شهر أو شهراً فعليه أن يعيد الصيام»^٢.

و خبر 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، الى غير ذلك مما هو موافقاً لسهولة الملة وسماحتها ونفي الحرج في الدين واردة التخفيف واليسر، ولا حاجة الى تكلف الاستدلال كما في الجواهر، لهذا قال المصنف: أشبهه

١ و ٢ - الوسائل الباب ٣ من ابواب بقية الصوم الواجب كتاب الصوم الحديث ٩ و ٥.

٣ - المصدر الباب ٤ الحديث ١.

عدم الاثم فيه وهو المشهور.

أقول: و عليه أغلب المتأخرين ومتأخري المتأخرين ولا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٣ ص ٧٨ قوله رحمه الله: «إذا كان له مال يصل اليه بعد مدة غالباً، لم ينتقل فرضه بل يجب الصبر، ولو كان مما يتضمن المشقة بالتأخير كالظهار، وفي الظهار تردّد»، وجه التردّد من أنّ الظهار كغيره يلزم الصبر، ومن لزوم الضرر والمشقة بترك الجماع. حجة القائل بلزوم الصبر في كفارة الظهار لمن لم يجد المال أو الرقبة في الحال هو أن الكفارة على التراخي والوجدان محقق في الجملة فيجب الصبر الى أن يتمكن، وهي مما يتوقع وجودها غالباً. فلم ينتقل فرضه في المرتبة الى الصيام. هذا في غير الظهار وأما فيه فإن لم يتضرر بترك الجماع فكذلك، أي يلزم الصبر، وقال الشيخ في المبسوط: فيه وجهان: أحدهما يؤخر الى أن يصل ويعتق ولا ينتقل الى الصوم، لأنّ ذلك لا يفوت، وهو الأقوى عندي. إنتهى كلامه.

حجة القائل* بانتقال الفرض الى الصوم هو قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ولزوم الحرج المنفي في الدين، وسهولة الملة وسماحتها، وسقوط كثير من التكاليف بها. فيتجه حينئذ الانتقال إن صدق معه إسم الواجد، كانتقال المكلف به الى التيمم مع وجدان الماء بالمشقة في استعماله مثلاً، بل الأصح ذلك مع فرض بلوغ المشقة حداً يسقط معها التكليف، كما هو واضح كما في الجواهر وفي المسالك: وفي الانتقال الى الصوم قوّة.

و الوجه الثاني الذي ذكره الشيخ في المبسوط قوله: والثاني لا يؤخر بل يصوم في الحال، لأنّ عليه ضرراً في التأخير.

أقول: إذا كان الضرر ما لا يتحمل فالقول بانتقال الفرض لا يخلو من قوة، والله سبحانه أعلم.

كتاب الايلاء

في المؤلي وشروطه

ج ٣ ص ٨٤ قوله رحمه الله: «وفي صحته من المحبوب تردّد أشبهه الجواز وتكوفئة العاجر»، منشأ التردّد من عموم الآية، ومن فقد شرط الصحة.

حجّة القائل بصحة الايلاء من المحبوب هو عموم الآية الشريفة قوله تعالى «للذين يؤلون من نسائهم تربّص أربعة أشهر فإن فآؤافإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإنّ الله سميع عليم»^١، حيث إنّ الآية عامة تشمل الخصي وصاحب البيضتين ومقطوع الذكر كلاً أو بعضاً وسالمها.

وإطلاق بعض الروايات منها ما عن أبي مريم عن أبي جعفر عليه السّلام «قال: المؤلي يوقف بعد الأربعة أشهر فإن شاء إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، فإن عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتهما»^٢ حيث إنّ لفظ المؤلي يشمل الجميع، وغير هذه من الروايات المطلقة.

وفي المبسوط ما لفظه: «ومن قال يصلح يربّص أربعة أشهر ثم وقف ليبيء أو يطلق، فإن طلق فلا كلام، وإن طلبت الفيئة قلنا: لا يُقدر على فيئة القادر ولكن يبيء فيئة معذور، وهي أن يقول: ندمت على ما كان مني ومتى قدرته فعلت، ههنا لا يمكنه هذا فيقول: ندمت على ما كان مني ولو كنت قادراً لفعلت، فإذا فعل هذا فقد وفاها حقها، وإن امتنع من الأمرين فعلى ما مضى

١ - سورة البقرة آية ٢٢٦ و ٢٢٧.

٢ - الوسائل الباب العاشر من ابواب الايلاء الحديث ٢.

من الخلاف، وهذا أقوى عندي لعموم الآية. انتهى كلامه. ووافقه في السرائر والتبصرة والتلخيص وقواه المصنّف للعموم المذكور، ولا يقدر عجزه كما في المريض. حجة القائل بعدم صحة وقوع الايلاء من المجهول هو فقدانه شرط الصحة، لأنه لما كان متعلق الايلاء وطى الزوجة وشرط الاضرار بها، اعتبر إن كان ذلك في حقه بأن يكون صحيح الذكر ليتمكن الجماع وان كان خصياً لبقاء الجماع. أما المجهول فإن بقي له بقية يمكنه الجماع بها فلا إشكال في صحة ايلائه، وإلا ففي صحته قولان: أحدهما المنع لما ذكرناه من فقد الشرط وعدم إمكان متعلق الحلف. كما لو حلف أن لا يصعد الى السماء، وهذا هو الأصح كما في المسالك وفي شرح اللمعة: والأقوى عدم الوقوع، لأنّ متعلق اليمين ممتنع كالصعود الى السماء، ولأنّ شرطه الاضرار بها، وهو غير متصور هنا.

في المؤلى منها وشروطها

ج ٣ ص ٨٥ قوله رحمه الله: «ويشترط أن تكون منكوحة بالعقد لا بالملك، وأن تكون مدخولاً بها، وفي وقوعه بالمستمتع بها تردّد، أظهره المنع»، وجه التردّد من تبادل الدائمة من النساء، ومن تخصيصها بالآية الشريفة.

حجة القائل بعدم وقوع الايلاء من المتمتع بها هو إما لتبادل الدائمات من النساء، أو بظهور قوله تعالى «وإن عزموا الطلاق» بعد قوله تعالى «للذين يؤلون من نسائهم»^١، في قبول المؤلى منها للطلاق، وهو منتفٍ عن المتمتع بها. ولما قيل: إن لازم صحة الايلاء جواز مطالبتها بالوطي، وهو غير مستحق للمستمتع بها. ولأصالة بقاء الحلّ في موضع النزاع. ولقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن أبي يعفور «لا ايلاء على الرجل من المرأة التي تمتع بها»^٢. وفي المسالك:

١ - سورة البقرة آية ٢٢٦.

٢ - التهذيب ج ٨ ص ٨ الرقم ٢٢.

المشهور بين الأصحاب اشتراط الدوام في المؤلى منها، نقلاً عن صاحب الجواهر. حجة القائل بوقوع الايلاء من المتمتع بها هو المحكي عن المرتضى من الوقوع بها، للعموم في الآية الشريفة السابقة، لأنها من جملة النساء الذي لا يخصصه عود الضمير الى بعض المذكورات سابقاً، ومطالبتها مشروطة بالدوام نظراً الى الغاية، وهو لا يستلزم عدم وقوعه بدون المطالبة. والأصل مقطوع بالايلاء الثابت بالآية الشريفة، وقد تقدم البحث عن هذه المسألة في باب النكاح كما في المسالك.

في أحكام الايلاء

ج ٣ ص ٨٧ قوله رحمه الله: «ولو تجددت أعضاها في أثناء المدة، قال في المبسوط تنقطع الاستدامة عدا الحيض، وفيه تردد»، منشأ التردد من أن الحق لها والعذر من قبلها، ومن إطلاق الأدلة.

حجة القائل بانقطاع الاستدامة عدا الحيض - أي أن مدة الحيض لا تقطعها - لا تحسب من المدة فإذا زال العذر بنت على ما مضى من المدة قبل العذر كما في حاشية الكركي والمسالك، لأن الحق لها والعذر 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 الظهر ونحوه، وفيه منع واضح.

و على كل حال تنقطع المدة بتجدد أعضاها الشرعية والحسية عند الشيخ الطوسي، نعم يستثنى من ذلك خصوص الحيض، فإنه لا يقطعها إجماعاً، أو لأنه لو قطع لم تسلم مدة التربص أربعة أشهر لتكرر الحيض في كل شهر غالباً. كما في الجواهر، وفي المسالك أيضاً فراجع وتأمل.

حجة 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 أعذار الرجل فلا يقطع المدة ابتداءً ولا استدامةً إجمالاً، للاطلاق المذكور.

ج ٣ ص ٨٨ قوله رحمه الله: «قال في المبسوط: المدة المضروبة بعد الترافع لا من حين الايلاء، وفيه تردّد»، وجه التردّد من أنه حققها فيتوقف على مطالبتها، ومن ظاهر الآية حيث رتبت التربص على الايلاء.

حجة 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.

و حسن أبي بصير المروي عن تفسير علي بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام «وإن رفعته الى الامام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك: إما أن ترجع الى المناكحة وأما أن تطلق، فإن أبي حبسه أبداً»^٢.

وللمروي عن قرب الاسناد عن البنزطي عن الرضا عليه السلام «أنه سأله صفوان وأنا حاضر عن الايلاء، فقال: إنما يوقف إذا قدمته الى السلطان فيوقفه السلطان أربعة أشهر، ثم يقول له إما أن تطلق وأما أن تمسك»^٣.

و خبر أبي مريم عن أبي عبدالله عليه السلام «عن رجل آلى من امرأته، قال: يوقف قبل الأربعة أشهر وبعدها»^٤، الى غير هذه من الروايات وقال به في المبسوط ومحكي السرائر والغنية وجامع المقاصد وغيرها، بل في المسالك هو المشهور، بل ادعى عليه الاجماع فراجع وتأمل.

حجة القائل بضرب المدة من حين الايلاء هو عموم الآية^٥ والأخبار^٦

١ و ٢ - ٣ - الوسائل الباب ٨ من ابواب الايلاء الحديث ٥-٦-٧.

٤ - الاستبصار ج ٣ ص ٢٥٥. ٥ - البقرة آية ٢٢٦.

٦ - الوسائل الباب ٨ من ابواب الايلاء.

والأصل والحكمة، لأنَّ الأربعة أشهر غاية صبرها. وانسباق ابتدائه من الإيلاء وغير ذلك، بل عن ابن أبي عقيل وابن الجنيد أنها من حين الإيلاء، بل هو خيرة الفاضل في المختلف وولده في الشرح، بل جزم به في المسالك لترتيب التبرص في الآية السابقة على الإيلاء فلا يشترط بغيره.

ولقول الصادق عليه السلام في حسن بريد بن معاوية «لا يكون إيلاء إلا إذا آلى الرجل ألا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجتمع رأسه ورأسها، فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر. فإذا مضت الأربعة أشهر وقف، فإما أن يفيء وإما أن يعزم على الطلاق»^١. ونحوه حسن الحلبي^٢ وأبي بصير^٣ عنه عليه السلام، واليه يميل المصنف هنا.

هذا مضافاً إلى منع احتياج المدة إلى الضرب، بل هو مقتضى الحكم الشرعي الثابت بالآية الشريفة السابقة الذكر والرواية السابقة المرتبة على مضي المدة المذكورة من حين الإيلاء واثبات توقفها على المرافعة يحتاج إلى دليل، وهو منتف.

أقول: لا يبعد ترجيح القول الأول وهو ضرب المدة من حين الترافع إلى الإمام العادل، والله سبحانه العالم بالصواب.

١ - الوسائل الباب ١٠ من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٢ - المصدر الباب ٨ من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٣ - المصدر الباب ٩ من أبواب الإيلاء الحديث ١.

كتاب اللعان

في أسباب اللعان

ج ٣ ص ٩٥ قوله رحمه الله: «ولا يلحق الولد الخصي المحبوب على تردد»، وجه التردد من عدم التولد منه عادة، وعن عدم العلم لنا بالواقع. حجة القائل بعدم إلحاق الولد بالخصي المحبوب - وهو الذي لا ينزل في الظاهر والمحبوب الذي قطع ذكره واثنياء بحسب العادة - أنه لا يتولد منه الولد لعدم الايلاج والانزال. فمثل هذا لا يلحقه الولد في ظاهر المذهب، ولا يحتاج الى اللعان لأنه لا ينزل كما سبق، ولا جرت العادة بأن يخلق لمثله ولد. وقواه الشيخ في المبسوط.

حجة القائل بإلحاق الولد به هو عدم العلم لنا بما يكون التكوّن منه في الواقع، فيمكن حصوله بالمساحقة ولا عادة مستقرة في ذلك. فإنه لو فرض خصي محبوب كانت له زوجة فساحقها فحملت لا يمكن القطع عادة بكون الولد من غيره، لعدم انكشاف أمر التكوّن لنا. ومن هنا قال المصنف وغيره أنه يلحق ولد الخصي الذي يلج ولا ينزل والمحبوب الذي قطع ذكره واثنياء 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 تقرّ أربع مرات، وفي وجوبه معها تردد»، منشأ التردد من اندفاع الحد باللعان، ومن عموم ايجاب الاقرار أربعاً للحد.

حجة القائل باندفاع الحد باللعان هو فحوى بعض النصوص القائلة بأن اللعان قد مضى. كما في صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام «في رجل لاعن امرأته وهي حبلى، ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت وزعم أنه منه، قال: يُردّ إليه الولد ولا يجلد لأنه قد مضى التلاعن»^١.

و صحيحه الآخر «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لاعن امرأته وهي حبلى قد استبان حملها وأنكر ما في بطنها، فلما وضعت ادّعاها وأقرّبه وزعم أنه منه، قال: فقال: يردّ 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 تردّد في ذلك نظراً إلى أنها أقرت بزنا سقط حدّه باللعان، لقوله تعالى «ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله»^٣ فلا يعود. وفي الجواهر: الأقوى سقوط الحد هنا وإن أقرت به أربعاً.

حجة القائل بثبوت الحد إذا اعترفت بالزنا بعد اللعان هو أنه لم يجب عليها بمجرد الاقرار اجماعاً، لأنّ حدّ الزنا لا يثبت على المقر إلا أن يقرّ أربع مرات. وعلى تقدير إقرارها أربعاً ففي وجوب الحد عليها قولان، أشهرهما وجوب الحد لعموم ما دل على وجوبه على من أقرّبه أربعاً 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 يفي بالنسب، إذ هو ثابت بالفراش، وفي اللعان تردّد»، وجه التردّد من ثبوت النسب للولد ظاهراً، ومن أنّ

١ و ٢ - الوسائل الباب ٦ من ابواب اللعان الحديث ٤، ٢.

٣ - سورة النور آية ٨.

اللعان هنا غير متصور.

حجة القائل بثبوت النسب ظاهراً وعدم اللعان لاعترافها بعدم الاحصان، فاذا قذفها بالزنا وصادقت عليه قبل اللعان، سقط عنه الحد لعدم حصول موجه، إلا أن يقرّ أربعاً فإن ولدت من الوطي الذي تصادقا عليه بأنه زنا فهو لاحق بها شرعاً، لأنّها فراش والولد للفراش. وقولهما في نفيه غير مقبول، لأنه إقرار في حق الغير، فإن تلاعنا انتفى عنه حينئذٍ. 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.

حجة القائل بثبوت اللعان هو عموم ثبوته لنفي الولد، لأنها 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، لأنه إقرار في حق الغير - أي في حق الولد - لأن تصديقها ضد مصلحة الولد، فإقرارها لا ينفذ بحق الولد. فاذا صادقت على أصل الزنا دون كون الولد منه، توجه 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 اللاحق به شرعاً. وأما لعانه فلعله لعلمه بعدم الوطي الموجب لللاحق به. وبالجملة فالتردد الواقع من المصتف فيما ذكره الشيخ وتبعه عليه الفاضل في القواعد في غير محله... الى 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 فعبارته الصريحة التحرير، وفي الاعتراف تردّد»، وجه التردّد من أنه مرادف للتحرير، ومن أنه كناية عنه فلا يقع به. حجة القائل بوقوع العتق بلفظ الاعتراف كـ «أعتقتك، أو أنت معتق أو عتيق»، أنه هو الأصح. لدلالته عليه لغةً وعرفاً وشرعاً، 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 أعتق مسلماً أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضواً من النار»^١. وعن معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل «قال: ولقد أعتق علي عليه السلام ألف مملوك لوجه الله عز وجل دبّرت فيهم يده»^٢، الى غير هذا لكثير من الروايات.

وفي شرح اللمعة: والأقرب وقوعه به لغلبة الاستعمال، أي وقوع العتق بقوله أنت عتيق أو معتق، ثم قال: واتفق الأصحاب على صحته، أي على صحة التحرير بلفظ العتق، في قول السيد لأئمة: أعتقتك وتزوجتك وجعلت مهرتك عتقتك.

حجة القائل بعدم وقوع العتق بلفظ الاعتراف كما فيمن قال لأئمة: أعتقتك

وجعلت عتقك صدائك، هل هو انشاء 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 وبالصریح محضاً كـ «حررتك»، ولعله لبعده عن الانشاء وقيام الماضي مقام الانشاء في العتق على وجه النقل، خلاف الأصل فيقتصر فيه على محله. وفي الجواهر المتجه الاقتصار على الصيغة من التحرير بـ «أنت حرٌّ»، دون «أنت عقيق أو معتق»، ضرورة كون المدار على ما ثبت من النصوص إنشاء التحرير به، وليس هو إلا أنت حرٌّ مثلاً، واعتقتك بناءً على أحد الوجهين في النصوص المذكورة. فلا وجه للاحاق غيرها بها من الصيغ، لأصالة عدم ازالة الرق كما نصّ على ذلك كله صاحب الجواهر.

ج ٣ ص ١٠٦ قوله رحمه الله: «ولو قال لأمنه يا حرة وقصد العتق، في تحريرها تردّد، والأشبه عدم التحرير، لبعده عن شبه الانشاء»، منشأ التردّد 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 الى إنشاء. والأشبه عند المصنّف وغيره عدم التحرير، في كشف اللثام: انما هو انشاء للنداء وإن جاز التجوّز به عنه، أي عن الانشاء لكنه استعمال نادر بعد من الكنايات وفي المسالك: والعتق لا يقع بالكناية عندنا، وهذا أشبه.

حجّة القائل بوقوع التحرير بالنداء إذا قصد هو أن الغرض عدم إرادة معنى النداء منه، بل المراد منه إنشاء العتق وليس فيه إلا التجوّز 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 الحقيقية أو المجازية المعينة له، وانما الممنوع الكناية والتجوّز بمجموع الصيغة الذي هو حر، كما ذكره في الجواهر، وفيه مزيد بيان أخذنا منه محل الحاجة.

و في المسالك ومن العامة من قطع بوقوع العتق بالنداء بقصد الاعتاق قطعاً، ومع الاطلاق 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 حرة، فقال: أنت حرة، فان قصد الإخبار لم تنعق، وان قصد الإنشاء صح. ولو جهل منه الأمران ولم يمكن الاستعلام، لم يحكم بالحرية لعدم اليقين بالقصد، وفيه تردد»، وجه التردد من العمل بحقيقة اللفظ، ومن التمسك بالاحتمال.

حجة القائل بالحرية في مقام جهل الحال بالموت وغيره ولم يعلم قصده، هو أن اللفظ صريح بالحرية والصريح لا يحتاج الى الإخبار عن قصده كما هو معلوم، ذكره صاحب المسالك.

حجة القائل بعدم الحرية هو أن اللفظ خرج عن الصراحة باحتمال إرادة الإخبار عن الاسم، أي لاحتمال أنه قصد الإخبار باسمها لا إنشاء الحرية. ومع قيام الاحتمال يستصحب بقاء حكم الرق، وهذا أولى إن لم تحصل قرينة خارجية ترجح جانب الإنشاء، فان ترجيحه بحسب حال اللفظ قريب الأمر، فان انضم اليه قرينة اخرى زاده قوة وكان العمل به أقوى. كما ذكره في المسالك، وفي اللمعة قوى عدم الوقوع.

أقول: عدم الحرية وجيه جداً لأصالة الرقية المحكمة من غير معارض لها، والله سبحانه أعلم.

في شروط المُعتق

ج ٣ ص ١٠٧ قوله رحمه الله: «وفي عتق الصبي - اذا بلغ عشرًا - وصدفته تردد، ومستند الجواز رواية زارة عن أبي جعفر عليه السلام»، وجه التردد من عدم الاعتداد بعبارته، ومن ورود الدليل في جواز عتقه.

حجة القائل بعدم الاعتداد بعبارة الصبي إذا بلغ عشرًا كما في باب النكاح، أنه لا عبرة في النكاح بعبارة الصبي كغيره من العقود إيجاباً وقبولاً لا لنفسه ولا لغيره. كما في الجواهر، ومنعه ابن ادريس نظراً الى كونه محجوراً عليه، واختاره العلامة وهو ظاهر قول ابن الجنيد، أي المنع.

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.

حجة القائل بصحة عتقه هو ما رواه الشيخ الطوسي عن موسى بن بكير عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز له من ماله ما اعتق وتصدق على وجه المعروف فهو جائز»^١. وبأسناده عن صفوان بن يحيى عن موسى بن بكير 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 الى رواية حسنة وظاهره الميل اليه، بل ربما يؤيده ما تقدم 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 ثانياً. كما ذكره في الجواهر، فراجع وتأمل.

في أحكام العتق

ج ٣ ص ١٠٩ قوله رحمه الله: «واختلفت القيمة ولم يمكن التعديل، أخرج ثلثهم قيمة وطرح اعتبار العدد، وفيه تردد»، وجه التردد من اعتبار القيمة كانت التركة أثلاثاً

لكن العدد يختلف، ومن اعتبار العدد وجعلت كل عبيدين سهماً إذا كانوا ستة لكن اختلفت القيمة.

حجة القائل باعتبار القيمة وترك العدد كما أن القيمة للدار إذا لم يمكن بالمساحة والاجزاء عدلت بالقيمة، وإن القسمة في غير مقام العتق كذلك. ووافق عليه الاكثر من علمائنا كما نقل عن الرياض، بل عن ظاهر الميسوط الاجماع عليه. وفي الجواهر: الأقوى الأول ضرورة كون المقام كغيره. وفي الميسوط: الأول أصح عندنا. وفي المسالك: ففي تعديلهم بالقيمة أو العدد وجهان، أظهرهما اعتبار القيمة، فيجعل الواحد ثلاثاً والاثنين ثلاثاً والثلاثة ثلاثاً، لأن المقصود الذاتي من العبيد المالية دون الاشخاص.

حجة القائل باعتبار العدد وترك القيمة هو أن يضم الى كل من قيمته ألف واحداً من الثلاثة الذين قيمتهم ألف، فيكون عبيدان بأكثر من ألف، وعبيدان بأقل من ألف، وعبيدان بألف، لأن النبي صلى الله عليه وآله جعل كل عبيدين جزءاً^١

فالذي يعتبر العدد يقرع، فإن خرج قرعة الحرية على الذين قيمتها ألف عتقاً ورُقّ الباقيون، وإن خرجت قرعة الحرية على الذين قيمتها أكثر من ألف، لم يكن عتقها معاً، فنعيد القرعة بينهما، فإن خرجت الحرية لمن قيمته ألف عتق ورُقّ الآخر والباقيون، وإن خرجت الحرية على من قيمته أقل من ألف عتق وعتق من الذي قيمته ألف تمام الثلث ورُق بقيمته والباقيون. وخبر الأنصاري المستبعد منه تساوي القيمة، بل عن بعض العامة الجزم باعتبار العدد في التعديل، وإن وافقنا على أنه ينعتق إلا الثلث قيمة، كما ذكره في الجواهر، وفيه مزيد بيان وتوضيح فراجع وتأمل، فإنه دقيق والله أعلم.

ج ٣ ص ١١٠ قوله رحمه الله: «إذا اعتق مملوكه عن غيره باذنه، وقع العتق عن الأمر، وينتقل الى الأمر عند الأمر بالعتق ليتحقق العتق في الملك، وفي الانتقال تردّد»، منشأ التردّد 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 المعتق «أعتقت عنك» ثم ينعق بعده، إذ اقتضاء العلة الواحدة الشئيين بالترتيب بينها ممكن ثابت. على نحو ما قلنا في شراء من ينعق عليه، ونحوه ما يقال فيما لو قال: «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 مترتبان 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.

و بالجمله فالظاهر اتفاق الأصحاب على المسألة والاتفاق على الاجزاء على أي نحو من أنحاء الانتقال الى آخر ما ذكره في الجواهر. وفيه أقوال اخرى تركنا ذكرها، واتفاقهم على مثل الاجزاء يكفي وإن اختلفت الأنظار في الكيفية، والله أعلم بالصواب.

حجّة القائل بالانتقال بشروعه في لفظ الاعتاق وينعق اذا تمّ اللفظ، لمجموع الصيغة فالجزء علة للملك وهو ملك الأمر، والكلمة سبب لزوال ملكه عنه بالاعتاق. وهذا نقل عن المفيد والعلامة والفخر، وهذا الأمر جاء في كثير من الأبواب مفروغ من صحته، بل هو نحو ما لو قال المالك: «اعتق عبدي عن كفارتك بكذا» مثلاً، فأعتقه فإنه يدخل في ملكه بذلك بعد تقدم الكلام المزبور من المالك، الذي صار كالايجاب لو فرض وقوع العتق مقارناً، وإلا كان توكيلاً له في تملك العبد متى شاء بالثمن المزبور، ومن ذلك يعرف النظر في كثير من

الكلمات في المقام.

وقيل: يحصل الملك بالأمر المقترن بصيغة العتق، فيكون تمام الصيغة كاشفاً عن سبق الملك عليها، وعدم إيقاعها بعد الاستدعاء. ومن هذا ومثله من الاشكالات قال المصنف: إن الوجه الاقتصار على الثمرة، وهي صحة العتق عن الأمر وبرائة ذمته من الكفارة. ولا يجب البحث عن وقت الانتقال - أي انتقال الملك للأمر - وهو الصحيح، لأن البقية من الأقوال احتمالية، والله العالم بالصواب.

ج ٣ ص ١١٠ قوله رحمه الله: «إذا اعتق ثلاث إماء في مرض الموت، ولا مال له سواه» أخرجت واحدة منهن بالقرعة، فإن كان بها حمل تجدد بعد الاعتاق فهو حراً جاعاً. وإن كان سابقاً على الاعتاق، قيل: هو حراً أيضاً، وفيه تردد، منشأ التردد من أنه تابع لأمة فيكون حراً، ومن بقاءه على أصل الرقية لعدم المقتضي.

حجة القائل بحرية الحمل إذا كان سابقاً على الاعتاق هو أنه تابع لأمه. كما في رواية السكوني عن جعفر عن آبائه عليهم السلام «في رجل أعتق أمة وهي حبل فاستثنى ما في بطنها؟ قال: الأمة حرة وما في بطنها حر، لأن ما في بطنها منها»^١، وعمل الشيخ الطوسي بمضمونها، وتبعه جماعة للتعليل المذكور.

نص كلام الشيخ في المبسوط: فإن كانت حاملاً حين الاعتاق عتقت، وعتق حملها تبعاً لها، وكان عليه الولاء لأنه قدمه دم. وقال ابن ادريس: الأصل حرية ما في بطنها، ولا دليل يعارضه من كتاب ولا سنة. نعم هو مذهب الشافعي، بناءً على أن الحمل كبعض أعضائها فيعتق بالسراية كما في التنقيح.

حجة القائل ببقاء الحمل على الرق هو عدم المقتضي للحرية شرعاً ولا عرفاً. فيبقى على أصل الرقية، بل هو أولى من البيع في ذلك كما ذكره صاحب

الجواهر. وقال في المسالك: أكثر علمائنا على أن الحمل في حكم المنفصل من أمه، ولا يتبعها في العتق ولا في البيع، ولا غيرها ما لم يصرح بادخاله. وفي اللمة الدمشقية ما لفظه: وعتق الحامل لا يتناول الحمل، كما لا يتناوله البيع وغيره، للمغايرة - أي مغايرة الحمل للحامل - فلا يدخل أحدهما في مفهوم الآخر، سواء استثناه أم لا، وسواء علم به أم لا.

أقول: من لاحظ واتبع 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 يعتق عند الدفع أو بعده فيه تردّد، والأشبه أنه بعد الدفع، ليقع العتق عن ملك»، وجه التردّد من أنه يقع بعد الاداء ليقع العتق عن ملك، ومن إمكان وقوعها معاً.

حجة القائل بالانعتاق 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 عبد الله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا عتق إلا بعد ملك، أو إلا في ملك»، ولأنه يثبت الولاء له، وهو يقتضي وقوع العتق في ملك.

حجة القائل بالسراية للعتق عند دفع القيمة ليقع العتق والملك مقترنين، هو الذي مال إليه المصنّف أنهما يقعان معاً - أي الملك والعتق - ويكون الملك قبل تمام الدفع ضمناً كما في عتق المأمور، واستحسنه في المسالك، ويجيء على القول بتعجيل السراية توجه الحكم بعتقهما معاً أيضاً من غير تأخر السراية عنه لما ذكر. ولظهور الأدلة في انعتاقه بمجرد الاداء.

وقال في الجواهر: لا إشكال في احتياج العتق هنا الى صيغة، هذا

والمشهور بين الأصحاب حصول العتق في باقي المملوك ، للسراية اليه من الجزء الذي اعتق في الجملة . والأصل فيه قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «من أعتق شقصاً له من عبد وله مال قوم عليه الباقي» . ومن طريق آخر قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ : «من أعتق شقصاً من عبد اعتق عليه كله»^١ .

ج ٣ ص ١١٣ قوله رحمه الله : «وإذا ملك شقصاً ممن يعتق عليه لم يقوم عليه إن كان معسراً . وكذا لو ملكه بغير اختياره ، ولو ملكه اختياراً وكان موسراً ، قال الشيخ : يقوم عليه ، وفيه تردّد» ، منشأ التردّد من أنّ الملك مع العلم بمنزلة مباشرته العتق ، ومن أنه اختار الملك لا العتق .

حجّة القائل بالتقويم هو الذي ذهب اليه الشيخ في المبسوط وجماعة معه ، معلّين أنّ ملكه مع العلم بأنه يعتق عليه بمنزلة مباشرته للعتق ، لتساويهما السببية ، فيتناوله عموم «من اعتق شقصاً له من عبد وله مال قوم عليه الباقي» ، كما سمعت الحديث النبوي ، لأنّ فاعل السبب اختياراً كفاعل المسبب كما ذكره صاحب المسالك .

حجّة القائل بعدم التقويم هو أنه إنما اختار الملك لا العتق ، فلا يصدق عليه أنه أعتق حقيقة وأيضاً يمنع أنّ اختيار السبب يوجب اختيار المسبب مطلقاً ، أو فعله يقتضي فعله ، لأن المسبب يترتب على السبب على وجه الايجاب لا الاختيار .

ولو قيل بالفرق بين العالم بالحكم والنسب فيسري عليه العتق ، والجاهل بهما أو بأحدهما فلا يسري كان حسناً ، إذ لا يتجه اختيار المسبب لمختار السبب بدون ذلك كما ذكره في المسالك .

ج ٣ ص ١١٤ قوله رحمه الله : «وفي عتق من مثل به مولاه تردّد ، والمروي أنه

ينعتق»، وجه التردد من النصوص الواردة، ومن الأصل الذي استند اليه ابن ادريس. حجة 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 الى من أحب فاذا ضمن حدثه فهو يرثه»^٢، قال الصدوق وروي «في امرأة قطعت يدي وليدتها أنها حرة لا سبيل لمولاتها عليها»^٣. الى 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 انعتق. عليه اجماع الفرقة وأخبارهم، الى غير ذلك.

أقول: القول بعتق من مثل به مولاه لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم. حجة القائل بعدم عتق من مثل به: والمخالف في عدم الانعتاق هو ابن ادريس رحمه الله تعالى قال: إن الأصل الحرية إلا ما ثبت رقه مثلاً. وفي الحقيقة: الحكمة في انعتاق المملوك بهذه العوارض كالعمى والاقعاد والتنكيل غير واضحة، لأن عجزه عن الاكتساب يناسبه استصحاب الرق، لتجب نفقته على المولى. فليقتصر منه على محل الوفاق أو النص الصالح لإثبات الحكم. كما ذكره صاحب المسالك، ثم قال: والواجب الرجوع في موضع الاشتباه الى حكم الأصل، وهو استصحاب حكم الرق الى أن يثبت المزيل.

أقول: لعل ابن ادريس رحمه الله ناظر الى هذا المنع الذي نص عليه صاحب المسالك، والله سبحانه العالم بالصواب.

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء

ج ٣ ص ١١٧ قوله رحمه الله: «التدبير: هو عتق العبد بعد وفاة المولى. وفي صحة تدبيره بعد وفاة غيره كزوج المملوكة، ووفاة من يجعل له خدمته تردّد، أظهره الجواز، ومستنده النقل»، منشأ التردّد من عدم الفرق بين الأشخاص، ومن تخصيص التدبير بوفاة المولى فقط.

حجّة القائل بصحة تدبير المملوك وعلقه 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 لصحيفة يعقوب بن شعيب «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فاذا مات فهي حرة، فتأبى الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها إذا أبقته؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت»^١.

و لرواية الحسن بن محبوب عن محمد بن حكيم «قال: سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل زوج أمته من رجل حرّ قال لها: اذا مات الزوج فهي حرة، فمات الزوج، قال: اذا مات الزوج فهي حرة، تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، ولا ميراث لها منه، لأنها إنما صارت حرة بعد موت الزوج»^٢.

و اختلف الأصحاب في صحة العتق معلقاً على وفاة غير المولى في الجملة، وذهب الى الصحة جماعة منهم المصنّف والعلامة وقبله الشيخ الطوسي وأتباعه، استناداً الى الروايات التي ذكرنا بعضها، بل المشهور ذهب الى هذا.

حجّة القائل بتخصيص التدبير بوفاة المولى فقط هو العمل بالمتيقن، ذهب اليه ابن ادريس وهذا دليبه:

إنّ القدر المتيقن من التدبير هو المعلق على وفاة المولى، دون غيره من زوج أو مخدوم، فهما محل تأمل.

خلاصة دليبه الثاني: إن التدبير الوارد في الشرع هو التدبير المعلق على وفاة المولى، ولا يتعدى الى غيره.

خلاصة دليبه الثالث: إنّ التدبير يبطل بالإباق، ولا خلاف في ذلك سواء كان الإباق من المولى أم من غيره، لملازمة بينهما.

ثم ردّ رحمه الله على الصحيحة المتقدمة التي استدلت 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 اليه 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 وصية 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 نيّة القربة تردّد، والوجه أنه غير مشرط»، وجه التردّد من أن التدبير وصية فلا يشترط فيها نيّة القربة، ومن أنه عتق بشرط فيحتاج الى نيّة.

حجّة القائل بعدم اشتراط نيّة القربة في التدبير هو أنه وصية في العتق بعد الوفاة، فلا حاجة للنيّة كسائر الوصايا.

وقال في الجواهر: والوجه عند الشيخ والمصنّف وجماعة ممن تبعهما، أنه غير مشرط، لإطلاق الأدلّة، ولما استعرف من كونه وصية لا اعتقاً ولا خلاف في عدم اعتبار النيّة في الوصية.

وفي اللمعة الدمشقية: ولا يشترط في صحته نيّة التقرب به الى الله تعالى، وإن توقف عليه حصول الثواب على الأقوى، للأصل، ولأنه وصية لا عتق بصفة - أي لا أنه عتق بصفة كونه بعد الموت - حتى يحتاج الى قصد القربة، فالمسألة مبنائية.

أقول: لا يبعد عدم الاشتراط لترجيح الوصية بالعتق في محلّه. وقوى عدم الاشتراط صاحب المسالك، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل باشتراط نيّة القربة في التدبير بناءً على أنه عتق - لكنه غير منجز - ثبت مشروعيتها، فيشملة حينئذٍ ما دلّ على أنه لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى. كما في رواية غير واحد، عن أبي عبدالله عليه السلام^١، وغيره من الأدلّة التي دلّت على اعتبار القربة في العتق. مضافاً الى الاجماع المحكي عن المرتضى على ذلك، وعلى عدم جواز تدبير الكافر لعدم تأتي نيّة التقرب منه.

وقال الشيخ في الخلاف: المسألة الاولى من كتاب التدبير إذا قال لعبده: اذامت فأنت حرّ أو محرر أو عتيق أو معتق، كان صريحاً غير أنه لا بد فيه من النية. كما نقوله في صريح الطلاق والعتاق، فإن عرى عن النية لم يكن له حكم، وقال الفقهاء: ذلك صريح لا يحتاج الى نية. انتهى كلامه. وفي المبسوط: لا بد من النية عندنا.

أقول: المسألة تبني على أنّ التدبير وصية فلا حاجة الى النية، وإن قلنا التدبير عتق يحتاج الى 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 يعتق المدبر بوفاء المولى، لخروج ملكه عنه، وفيه تردّد»، وجه التردّد من خروج المدبر عن ملكه، ومن سبق حق المدبر على حق الوارث.

حجّة القائل بعدم انعقاد المدبر إذا مات مولاه بعد الارتداد عن فطرة هو خروج الملك عنه بالارتداد. فلم يحصل شرط صحة العتق، الذي هو استمرار الملك للمولى الى الموت، والمشروط عدم عند عدم شرطه حتى يعتق عن ملك، لأنه لا عتق إلا في ملك. ومنهم من قال: لا يعتق لأنّ العتق وصية، فلا ينفذ منها شيء حتى يحصل للوارث مثلاً، وما حصل للوارث.

و حجّة القائل ببقاء التدبير مع ارتداد المولى عن فطرة هو أنه يعتق تنزيلاً للردة منزلة الموت، ومن سبق حق المدبر على حق الوارث فلا ينتقل اليه، خصوصاً عند من يمنع من بيع المدبر، فإذا مات السيد اعتق ثلثه لا غير، إذ لا مال له سواه. وهل يعجل للورثة الثلثان؟ يحتمله لعدم فائدة حبسه عنهم، إن لم نقل بقبول توبته، وإلا فالفائدة محتملة بتجدد مال له آخر على تقدير التوبة كما

في المسالك. وفي المبسوط أطلق القول ببقاء التدبير مع الارتداد.
 أقول: القول الأول قوي، وهو بطلان التدبير للوجه السابق وانتقال المال عنه بمجرد 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 تردّد»، وجه التردّد من عدم اعتباريّة القرية، ومن أنه محجور عليه.
 حجة 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 المصنّف: على تردّد.

قال في الجواهر: لا وجه للتردّد 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.
 حجة القائل بعدم صحة نفوذ تدبير المرتد لا عن فطرة مع عدم التوبة هو أنه محجور عليه كالسفيه، على وجه لا يصح التصرف فيه، وإن لحقته التوبة التي تفك الحجر عنه حين حصولها لا فيما تقدم عليها، بل حكى في شرح تردّدات الكتاب عن المبسوط الحكم بالبطلان للحجر المذكور.

كما ذكر في كشف اللثام تبعاً للدروس وللصيمري تعليل عدم النفوذ مع عدم التوبة للحجر. ولعل وجه التردّد حينئذٍ على معنى أنه يصح جزماً، لعدم ثبوت الحجر عليه. وتحمل الصحة مراعاة أو على معنى أنه يصح، ولكن قد تردّد في الصحة لكونه محجوراً عليه كما في الجواهر.

في أحكام التدبير

ج ٣ ص ١٢١ قوله رحمه الله: «ولو أعتق صاحب الحصة الفن، لم يجب عليه فك الحصة المدبرة على تردّد»، منشأ التردّد من الأصل، ومن القول بالسرية.

حجة القائل بعدم وجوب فك الحصاة المدبّرة هو عدم مقتضي لذلك، فأصالة البقاء بحالها. وقال الشيخ في المبسوط: وإن أعتق سيد القن نصيبه فيه، قال قوم: يقوم عليه النصف الذي هو مدبّر، وقال آخرون: لا يقوم، وهو الأقوى عندي.

وقال في الخلاف: إذا كان بينهما فدبّر أحدهما نصيبه وأعتق الآخر نصيبه، لم يقوم عليه هذا النصف المدبّر، والدليل أنّ الأصل براءة الذمة. وتقوم ذلك عليه يحتاج الى دليل، ثم قال: وللشافعي فيه قولان، أحدهما مثل ما قلنا، والثاني يقوم عليه.

حجة القائل بوجوب فك الحصاة المدبّرة هو سراية العتق. كما حكي عن المرتضى وبعض العامة من القول بالسراية، كالعتق المنجز، لأنه يوجب استحقاق العتق بالموت، فصار كالاتيلاء الموجب لتقوم حصص الشركاء عليه. وإن أشكل على هذا بالفرق بين الاتيلاء والتدبير، من أنّ الأول كالإتلاف حيث إنه 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 المدبّر؟ القولان السابقان: فعند الشيخ لا يسري، لأنّ حصاة التدبير لها جهة عتق. والأكثر وهو الأصح على ثبوت السراية، لأنه لم يخرج عن ملكه بالتدبير. هذا نصّ كلامه رفع مقامه، فراجع وتأمل فيه والله أعلم.

في أركان المكاتبه

ج ٣ ص ١٢٦ قوله رحمه الله: «ويعتبر في الموجب البلوغ وكمال العقل والاختيار وجواز التصرف، وهل يعتبر الاسلام؟ فيه تردد، والوجه عدم الاشتراط»، منشأ التردد من كون المكاتبه عتقاً بعوض وهي عبادة، ومن منع كونها عتقاً وإن ترتب عليها التحرير.

حجة القائل باعتبار الاسلام هو أن الكتابة عتق بعوض، وهو لا يصح من الكافر مطلقاً - أي سواء كان مقراً بالله تعالى أو جاحداً -، كما تقدم من كون العتق عبادة تحتاج الى نية القربة فلا تصح من الكافر. ومال في الرياض الى عدم جواز كتابة الكافر إن لم يكن اجماعاً. ولأصالة الفساد بعد اختصاص أدلة مشروعية الكتابة كتاباً وستة^١ بالمسلم، الذي هو المخاطب بالآية الشريفة قوله تعالى «و كاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً»^٢، الخير المراد به الايمان كما في بعض النصوص الذي يزعمه الكافر شراً.

ولا عموم في السنة ولا إطلاق سوى موثقة سماعة^٣، عن أبي عبدالله عليه السلام، المتبادر منها كون المولى مؤمناً لا مطلقاً، مضافاً الى ظهور قوله عليه السلام «والمؤمن معان» في كون العبد مؤمناً، ولا يكون عبداً للكافر غالباً مع أنه لا تصلح مكاتبه الكافر له عند جماعة، لوجوب إخراج المسلم عن ملك الكافر فوراً، ومن أن الآية السابقة اختصاص الخطاب بالمسلم، وعدم موجب للتعدي لا في سنة ولا في إجماع. هذا خلاصة ما ذكر صاحب الجواهر، ثم قال: والقول بالاعتبار ولو لم يكن على عدمه اجماع، لعله لا يخلو من قوة. وفي التنقيح الرائع ومن أنها - أي المكاتبه - أمر ديني فيشترط في موجبها الاسلام كالعتق، فراجع وتأمل.

حجة القائل بعدم اعتبار الاسلام هو منع كون المكاتبه عتقاً، وإن ترتب عليها التحرير الذي هو أعم من العتق الذي عرفت ظهور الأدلة في اعتبار النية فيه. هذا إن قلنا بعدم صحة العتق من الكافر أو خصوص الجاحد لله تعالى، وإلا فلا اشكال أصلاً لإطلاق الأدلة بلا معارض.

١ - الوسائل الباب ١ من ابواب المكاتبه.

٢ - سورة النور آية ٣٣.

٣ - الوسائل الباب ٢ من ابواب المكاتبه حديث ١.

و في شرح اللمعة الدمشقية: ولا يشترط الاسلام في السيد، ولا في العبد بناءً على أنها - أي الكتابة - ليست بيعاً ولا ملحقة به، بل هي عقد برأسها والأصل يقتضي جوازها، أي الأصل يقتضي عدم اشتراط الاسلام، لأنّ القيد المشكوك اعتباره ينتفي بالأصل، وهو أصل العدم. فعلى هذا تصح الكتابة في غير المسلم، سواء كان في المولى أم في العبد.

و في التنقيح الرائع: اختار المصنّف والعلامة في المختلف عدم اشتراط الاسلام فيما لو كان السيد وعبده كافرين، لما قلنا من أنها نوع معاوضة، وهي صحيحة من الكافر، ومتى جوزنا عتق الكافر فالجواز هنا أولى.

أقول: لا يخفى على المتتبع قوة القول بعدم اعتبار الاسلام، والله العالم بالصواب.

ج ٣ ص ١٢٦ قوله رحمه الله: «ويعتبر في المملوك البلوغ، وكمال العقل، لأنه ليس لأحدهما أهلية القبول، وفي كتابة الكافر تردّد، أظهره المنع»، وجه التردّد من إطلاق دليل الكتابة وأنها معاملة، ومن اشتراط الخير المفسّر 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 استلزام إعانة الكافر المودة مطلقاً ممنوعة. وقد حققناه في باب الوقف والصدق، ومن ثم قيل بجواز كتابته كما يجوز عتقه، ولأنها 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 الايمان مؤيد بالأمر بالايتاء من الزكاة ولغير المسلم لا تعطى، والنهي عن مؤادة الكفار. لهذا قال المصنّف «أظهره

المنع» وفاقاً للاكثر على ما قيل، بل عن الانتصار والغنية الاجماع عليه، معتضداً 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 المجعول شرطاً في الآية الشريفة في الكتابة هو الدين أو هو والمال أو المال خاصة، فعلى الأولين لا تصح كتابة الكافر، لعدم الشرط المقتضي لعدم المشروط.

وفي اللمعة الدمشقية: وقيل يشترط اسلام العبد مطلقاً - أي سواء كان المولى مسلماً أو كافراً - نظراً الى أن الدين داخل في مفهوم الخير في الآية المتقدمة، الذي هو شرطها، ولأن المكاتب يؤتى من الزكاة ويتعذر 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 تتساوى النجوم وأن تختلف، وفي اعتبار اتصال الأجل بالعقد تردّد»، وجه التردّد من أصالة الصحة، ومن أصالة بقاء الملك.

حجّة القائل بصحة العقد - أي عقد الكتابة - هو الأصل، ووجود المقتضي للصحة، لأنه عقد اشتمل على أجل ومال. وقال في المسالك: هذا هو الأظهر، واختاره الأكثر وقد تقدم الخلاف في نظائره من الاجارة وغيرها. وفي اللمعة: وفي اشتراط اتصاله، أي اتصال شرط الأجل بالعقد قولان، أجودهما عدم 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 محرّم عشرين،

وفي شهر صفر عشرة، وفي أشهر الربيعين والجمادين لا شيء، وفي شهر رجب عشرين، وفي شهر رمضان خمسة عشر، والباقي خمسة وثلاثون في أول ذي الحجة لا اتصال الأجل، مقابله أن يكتبه في محرم على أن يدفع من شهر رجب. هذا ما أردنا بيانه والله سبحانه العالم.

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»، وجه التردد يفهم من سابقه وإنما أفردته وحده لبيان أنه لا فرق في اشتراط المال أو الخدمة، الخلاف هو الخلاف وإن استنظر المنع في باب الخدمة، ونقل البطلان عن الشيخ في مبسوطه.

وقال صاحب المسالك: إن هذا من جملة أفراد المسائل المتفرعة على اشتراط اتصال الأجل بالعقد وعدمه، فلا وجه لا فراده وإنما خصه حملاً للسابق على المال، بأن شرط عليه مائة دينار مثلاً، يؤديها بعد شهر أوله 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 الاداء؟ فيه تردد»، من أصالة البراءة، ومن أن حكم الولد حكم أبيه فللسيد ولاية الاجبار.

حجة القائل بعدم الاجبار هو أصالة البراءة، وكون الاجبار على خلاف الأصل، فلا يصار اليه إلا بدليل، وليس للمولى إجبار الوارث على أداء مال الكتابة، وإن كان له اجبار العبد المكاتب.

وقال في المسالك: ووجه عدم الاجبار هو بطلان المعاملة وعدم وقوعها معهم، فلا يلزمهم أدائها. وقيل: مال الكتابة من الأصل، ويرث وارث المكاتب ما بقي. واختاره بعض الأصحاب كما حكى عن الاسكافي والصدوق، وهو الظاهر من صحيحة بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام «في مكاتب يموت وقد أدى

بعض مكاتبته وله ابن من جاريته، قال: إن اشترط عليه إن عجز فهو مملوك، رجع ابنه مملوكاً والجارية، وإن لم يكن اشترط عليه، أدى ابنه ما بقي من مكاتبه وورث ما بقي^١، وهذا المضمون صحيحة جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام^٢. والرواية التي أشار إليها المصنّف رواية جهل وابن سنان وغير هذا من الروايات بهذا المضمون. وفي المسألة زيادة تفصيل يراجع في الكتب المطوّلة فراجع وتأمل.

حجة القائل باجبارهم على الاداء كما يجبر من تحرّر بعضه على فكّ باقيه، لأنه بحكم الدين. وفي التنقيح الرائع: هذا هو مذهب الشيخ في المبسوط والنهاية والخلاف، استناداً الى 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 ينعقد يحسب منه لأربابه الذين كاتبوه، هو ماله»^٣. ورواية بريد العجلي عن الباقر عليه السلام «قال: سألته عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم، ولم يشترط عليه حين كاتبه، إن هو عجز عن مكاتبته فهو ردّ في الرّق، وأنّ المكاتب أدى الى مولاه خمسمائة درهم، ثم مات المكاتب وترك مالا وترك ابناً له مدركاً؟ قال: نصف ما ترك المكاتب من شيء فانه لمولاه الذي كاتبه، والنصف الباقي لابن المكاتب، لأنّ المكاتب مات ونصفه حرّ ونصفه عبد للذي كاتبه، فابن المكاتب كهيئة أبيه نصفه حرّ ونصفه عبد للذي كاتب أباه، فإن أدّى الى الذي كاتب أباه ما بقي على أبيه، فهو حرّ لا سبيل لأحد من الناس عليه»^٤. وعلى هذا المولى يرث من تركته مكاتبه بمقدار ما بقي عليه من العبودية، ويكون الباقي لولده، ويلزمه أن يؤدّي الى مولى أبيه ما كان بقي على أبيه ليصير هو حرّاً، ويستحقّ ما بقي من المال.

١ و ٢ - التهذيب ج ٨ ص ٢٧٢ حديث ٢٤، ٢٥.

٣ و ٤ - التهذيب ج ٨ ص ٢٦٦ رقم ٩٦٩ حديث ٢ و ص ٢٧٤ رقم ٩٩٩ حديث ٣٢.

وقال في المسالك: وهل يجبرون على السعي؟ فيه وجهان، أحدهما ذلك .
 وقال في اللعة دمشقية: ويؤدي الوارث 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 لأنه تحرر منه - أي من هذا الولد التابع - بنسبة ما تحرر من
 أبيه، وبقي الباقي لازماً له. وللمولى إجباره على الأداء للباقي كما له إجبار
 المورث، لأنه 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 وعتق
 الآخر مع عتقه، وإن عجز ففسخ المولى استرقها، وفي استرقاق الأب تردد»، ينشأ التردد من
 أنه يعتق بعتق ولده ويسترق كذلك، ومن تشبته بالحرية.
 حجة القائل باسترقاقه، وأنه يتبع ولده المكاتب هو أن تصرف المكاتب
 مشروط بالغبطة والمنفعة للمالك، فلا يصح شراء من يعتق عليه كأبيه وابنه
 وغيرهما، إلا بإذن المولى، لأن فيه تفويتاً للمال بالعتق، وربما قيل بالجواز لأنه
 اشترى مملوكاً لا ضرر على المولى في شرائه، ولهذا كان كسبه له، وإذا عاد
 المكاتب في الرق عاد المملوك المشتري كالأجنبي.
 وهذا ضعيف، لأن في ابتياع من يعتق عليه اتلاف المال مع عدم جواز
 بيعه والتكسب 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، لأن نفقته تلزمه من حيث هو مملوك، وإن كان
 يقدر على التكسب ويقوم بكفاية نفسه، جاز قبوله، لأنه لا ضرر عليه في القبول.
 ثم لا يعتق عليه وإنما يعتق بعتقه ويرق برقه، وليس له بيعه. واستوجه بعد هذه

الخلاصة في المسالك التبعية في الاسترقاق والانعقاد.

أقول: هذا لا يخلو من قوة حيث لم يتضرر به المولى.

حجة القائل بعدم التبعية هو أن الأب مثلاً، الذي اشتراه المكاتب أو وهب أو أوصى له به تشبّه بالحرية بسبب جريانه في ملك ولده. وهذا الوجه استضعفه صاحب المسالك حيث قال: ولم يذكر في المسألة احتمالاً غير المصتف.

و في الجواهر: وهو كما ترى، ضرورة أنه لا سبيل الى إبطال القبول بعد صحته، ولا الى عتق الأب مع استرقاق الولد. ولعله لذا لم يحك عن غير المصتف احتمال 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، لأنه يتعجل باتلاف مال له التصرف فيه، ويستبقى ما لا ينتفع به، لأنه لا يتعرف في أبيه، وفي هذا تردد»، وجه التردد من أنه تعجيل باتلاف مال له التصرف فيه، ومن إمكان فرض المصلحة والغبطة.

حجة القائل بمنع افتكاك الأب اذا قصر الأرش عن قيمة الأب، لأنه يتعجل باتلاف مال له التصرف فيه، ويستبقى الأب الذي لا ينتفع به، لأنه لا يتصرف في أبيه. وقال الشيخ في المبسوط: وإن جنى هذا العبد جناية يتعلق أرشها برقبته، لم يكن للسيد أن يفديه لأنه يخرج عن عبده عوضاً ينتفع به ويتصرف فيه، ويستبقى ما لا ينتفع به ولا يتصرف فيه، فلم يجز له ذلك.

حجة القائل بعدم منع افتكاكه هو إمكان فرض الغبطة والمصلحة في فكه، بزيادة كسبه - أي كسب المكاتب - فإذا كان الأب يساعده في الكسب، فهي مصلحة تجوز ذلك.

و بعضهم من قال: إن مرجع التردد فيه الى الاشكال في جواز شرائه وعدمه. فإن أجزأه فذاك، وإلا فلا كما نقله في الجواهر، عن حاشية الكركي والمسالك فراجع، وتأمل والله أعلم.

كتاب الإقرار

في الصيغ المبهمة

ج ٣ ص ١٤٦ قوله رحمه الله: «وكذا لو قال: عظيم جداً كان كقوله عظيم، وفيه تردّد»،
وجه التردّد من أنّ العظيم جداً كالعظيم لأصالة البراءة، ومن أنّ 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 المتيقّن الذي فسره المقرّ بأقل
ما يتموّل. كما لو أطلق اللفظ من وصفه بالعظمة، لأنه يحتمل أن يريد به عظيم
خطره بكفر مستحلّه ووزر غاصبه.

وليس في العظيم وما في معناه حدّ في الشرع، ولا في العرف، ولا في اللغة.
والناس يختلفون في ذلك فبعضهم يستعظم القليل نظراً إلى ما ذكرناه من الوزر
مثلاً، وبعضهم يستعظمه لشحّه واعتنائه بالمال، إلى غير ذلك كما ذكره صاحب
المسالك وغيره.

أقول: يقبل تفسيره ولو وصفه بالعظمة، إذ لا دلالة بها على أكثر ممّا فسّره، ولا
يكلف بأكثر ممّا فسّره 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 ومبلغ
واحد، يعني الموصوف بلفظ العظمة والخالي منها. وعلى كل المشهور الدليل
الأول، أي يقبل تفسيره وإن وصفه بتلك الصفة كما ذكره صاحب الجواهر، ونفى

عنه الخلاف. وكذلك في المسالك، وأشار أيضاً أن التردد في هذا اختص به المصنف ولم يذكره غيره.

في الإقرار المستفاد من الجواب

ج ٣ ص ١٤٩ قوله رحمه الله: «ولو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، كان إقراراً، ولو قال: نعم لم يكن إقراراً، وفيه تردد» ينشأ التردد من وقوع (نعم) في محل (بلى)، ومن أنها حرف تصديق فلا تفيد الإقرار.

حجة القائل بوقوع الإقرار بـ (نعم) لعدم الفرق بينهما هو قيام (نعم) مقام (بلى) لغةً وعرفاً. أما عدم الفرق فظاهر، حيث شاع استعمال أحدهما مكان الآخر. وأما اللغة فمنها «قول النبي صلى الله عليه وآله للأَنْصار: أَلَسْتُمْ ترونَ لهم ذلك؟ فقالوا: نعم».

و منها قول الجحدر بن مالك أنشد هذين البيتين:

أليس الليلُ يجمع أم عمرو
وإيانا فذاك بنا تداني
نعم وأدى الهلال كماتراه
ويعلوها النهار كما علاني^١

ونقل في المغني سيبويه وقوع (نعم) في جواب أَلَسْتِ، وعن جماعة من المتقدمين والمتأخرين جوازه، وقواه الشهيد الأول كما في شرح اللمعة.

حجة القائل بعدم وقوع الإقرار بالجواب بـ (نعم) هو أن (نعم) حرف تصديق كما تقدم، فإذا ورد على النفي الداخلة عليه الاستفهام كان تصديقاً - أي تصديقاً للنفي - فينافي الإقرار. ولهذا نسب إلى ابن عباس إن المخاطبين بقوله

١ - أنشد هذين البيتين ضمن أبيات حين أمر به الحجاج الثقفي إلى السجن فقال لبعض من يريد الخروج إلى الإمامة تحمل عني شعراً والشاهد في وقوع نعم اثباتاً في جواب استفهام النفي وام عمر صاحبة الشاعر.

تعالى «ألست بربكم قالوا بلى»^١، لوقالوا نعم كفرُوا. فيكون التقدير حينئذٍ -أي حين كون (نعم) تصديقاً للنفي- ليس لك عليّ، فيكون انكاراً لا إقراراً. وعلى كلّ حال في مقام الاطلاق هذا معناها، ولكن استعملت في المعنى الآخر، أي لإثبات النفي نظير (بلى) كما اعترف به جماعة، واشتهرت فيه عرفاً، حتى أجاب بعضهم عما نقل عن ابن عباس بأن الاستفهام التقريري خبر موجب وليس نفيّاً، فيجوز وقوع (نعم) في جوابه أيضاً، ولم يكن كفراً. أقول: فعلى هذا القول الأول الذي يقول بوقوعها مكان (بلى) لا يخلو من قوة، فيكون إقراراً يلزم به المقر، والله سبحانه أعلم.

في صيغ الاستثناء

ج ٣ ص ١٤٩ قوله رحمه الله: «الثانية الاستثناء من الجنس جائز، ومن غير الجنس على تردّد»، وجه التردّد 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، ووقوعه في القرآن وفصيح اللغة كثيراً. كقوله تعالى «لا يسمعون فيها لغواً إلا سلاماً»^٢، وقوله تعالى «ما لهم به من علم إلا أتباع الظن»^٣، إلى غير هذا من الآيات. والخلاف في كون الاستعمال على نحو الحقيقة أو المجاز عنه التحقيق على نحو المجاز.

وفي الجواهر: الاستثناء من الجنس جائز اجماعاً بقسميه، بل ومن غير الجنس وإن قال المصنّف على تردّد، والفاضل على الأقوى، مشعراً بوجود الخلاف فيه بيننا،

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 والسّرّانه استثناء لتوهم الدخول أو للمشابهة. مثل «فسجد الملائكة كلّهم أجمعون إلا إبليس»^١، مع أنه كان من الجن كما في القرآن الحكيم، فانه انما استثنى لأنه حيث كان فيهم شمله الأمر فاستثنى. وكذلك: جاء بنو هاشم إلا غلمانهم، الى غير ذلك من الأمثلة، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم الجواز هو ما ذكره صاحب الجواهر 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 الشرح حكايته في الجملة عن الآمدي. وتحقيق المسألة في الاصول، والله سبحانه أعلم بالصواب.

في المقرّ وشرائطه

ج ٣ ص ١٥٢ قوله رحمه الله: «ويقبل إقرار المفلس، وهو يشارك المقر له الغرماء أو يأخذ حقه من الفاضل؟ فيه تردّد»، منشأ التردّد من سبق حقهم، ومن أن الاقرار كالبيّنة، وهي توجب تقديم حق الغير.

حجّة القائل بمشاركته الغرماء-أي المقر له-لأنه عاقل فينفذ تصرفه، وعموم الخبر بقسمة ماله بين غرمائه والمقر له أحدهم، ولأنّ الاقرار كالبيّنة شرعاً في الاثبات، واحتمال التهمة يدفعه أنّ الاقرار في حقه اكثر منه ضرراً في حق الغرماء، ولأنّ الظاهر من حال الانسان أنه لا يقر بدين عليه مع عدمه.

والمصنّف قطع بمشاركته، 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 لو لم 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 فاذا لم يثبت دينه باقراره الجديد، لزم الفرق بين إقراره من غير فارق، فراجع وتأمل.

حجة القائل بتقديم المقر له على الغرماء هو إن الإقرار كالبيّنة، وهي توجب تقديم حق من أقيمت له، بل إن 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: إنّ المفلس لو كانت عنده عين تريد، وكانت موجودة فحجر عليه، كان صاحب العين أولى بها من بقية الغرماء. وكذلك بالنسبة للميت وإن لم تف التركة بديونه. وفي المسالك قال - فيما أشار إليه المصنف من تعلق حق الغرماء بأعيان أمواله -: وهذا الأشكال بعينه وارد في الدين على القول بالمشاركة، إذ لا فرق بين أخذه بعض الأعيان بموجب التقسيط مساواة لهم، وبين أخذه ذلك البعض تقديماً له عليهم مع تعلق حقهم بالعين. فالقول بعدم النفوذ معجلاً فيها أقوى، ومما ينفرد به العين لو قلنا بنفوذ الإقرار معجلاً تسليمها إلى المقر له، وإن قصر باقي المفلس عن ديون الغرماء، لأن الضرر إنما هو بالدين وصاحب العين يختص بها. واعلم أن جملة الأقوال في المسألة اتفقت على قدر الاحتمالات الممكنة وهي أربعة ففي نفوذه فيها - أي العين والدين - واختاره العلامة في الإرشاد والشهيد وجماعة، واثباته فيها وهو خيرة التذكرة، وثبوته في العين دون الدين ذهب إليه ابن ادريس، وبالعكس وهو ظاهر المصنف في الكتاب وإن كان بعد ذلك تردّد.

وربما قيل إنها خمسة أقوال، بزيادة القول بأن العين تؤخر، ويقسم غيرها بين الغرماء، والله العالم بالصواب.

كتاب الأيمان

فيما به ينعقد اليمين

ج ٣ ص ١٦٩ قوله رحمه الله: «وكذا ينعقد بقوله: وجلال الله، وعظمة الله وكبرياء الله، وفي الكل تردّد»، وجه التردّد من أنّ بعض الصفات غير الذات فلا ينعقد بها اليمين، ومن أنه إذا أراد الحالف نفس الذات فينعقد.

حجّة القائل بعدم انعقاد اليمين هو أنّ اشتراك القدرة والعلم يمنع من الانعقاد بها وإن قصد بهما الله تعالى كغيرهما من أسمائه المشتركة من غير أغلييته 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، ولأنّ هذه الصفات ليست من أسماء الله تعالى الغالبة ولا المشتركة، فلا ينعقد بها اليمين، 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، وانما مرجعها الى ذاته تعالى المتصفة بالكبرياء والعظمة والجلال، بل عن المبسوط الاجماع على ذلك. ومنه يعلم قوة ما ذكرنا من أعمية الحلف بالله للحلف بذاته، والامور الانتزاعية الراجعة اليها كالكبرياء والعظمة والجلال، كما في المسالك، وتعرض له في الجواهر.

والحق ما اختاره العلامة في المختلف، وهو أنّه إن قصد الحالف الحلف بالله، كانت يميناً، لأنّ الحق يراد به الثابت لأنه نقيض الباطل، فكأنه قد حلف بشبوت الله أي وجوده الذي هو نفس ذاته، وإن لم يقصد ذلك لم يكن يميناً لما تقدّم. أقول: وهذا لا يخلو من قوة والله العالم.

ج ٣ ص ١٧١ قوله رحمه الله: «ولا يدخل الاستثناء في غير اليمين، وهل يدخل في الاقرار؟ فيه تردد، والأشبه أنه لا يدخل»، منشأ التردد من أنّ الاقرار تنجيز والاستثناء ينافيه، ومن القول بدخوله في الاقرار.

حجة القائل بعدم دخول الاستثناء في الاقرار بالمشيئة - أي مشيئة الله تعالى - هو قول أكثر أصحابنا ومنهم المصنف، ولأنه يكون تعقب الاقرار بالاستثناء كتعقبه بالمبطل، فيلغو الاستثناء ويلزم الاقرار. وقال في المسالك: وهذا أقوى، وفي الجواهر: الأشهر، بل المشهور أنه لا يدخل، وفي الخلاف: لا يدخل الاستثناء بمشيئة الله إلا في اليمين فحسب. وبه قال مالك.

أقول: هذا القول لا يخلو من قوة والله سبحانه العالم بالصواب.

حجة القائل بدخول الاستثناء في الاقرار، هو قول الشيخ الطوسي حيث قال بصحته في الطلاق والعتاق والاقرار، بمعنى أنه توقفه أيضاً استناداً الى عموم ما دلّ على دخوله في اليمين. وتعليق الطلاق والعتق والاقرار على المشيئة يمين أيضاً، وإن لم يكن بالله، ومن جوّز دخول الاستثناء في الاقرار العلامة في المختلف، نظراً الى أنّ الاقرار المعلق لا يصحّ، فيكون تعليقه على المشيئة موقفاً له، ولأصالة براءة الذمة من موجهه. كل ذلك اذا لم يقصد بالمشيئة 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، أشبه الانعقاد»، وجه التردد من وروده لغة، ومن أنّ العادة لم تستمر بالحلف كذلك.

حجة القائل بالانعقاد اذا قال: الله لأفعلن، هو وروده لغة، ومنه قول النبي صلى الله عليه وآله لركانة: «الله ما اردت إلا واحدة»^١، وكون الجرم مشعراً

بالصلة الخافضة وبناء اللغة على الحذف والتقدير كما في الجواهر، وقواه في المسالك، واختاره المصنف كما في المتن، لاندراجه في إطلاق الأدلة بعد أن يكون صحيحاً في اللغة. نعم لورفع أو نصب، أشكل إجراء حكم اليمين عليه، فراجع وتأمل.

حجة القائل بعدم الانعقاد هو أن العادة لم تشتهر بالحلف كذلك، يعني بالخفض وحده بدون حروف القسم، ولا يعرف هذا إلا الخواص من الناس، أي من أهل الفن، والأصل البراءة وقال في الخلاف: إذا قال الله بكسر الهاء بلا حرف قسم لا يكون يميناً، وبه قال الشافعي وجميع أصحابه، الدليل: إن القسم لا يكون إلا بحرف القسم وهي الباء، والواو، والتاء وليس ههنا واحدة منهم، وما قالوه أجازة أهل اللغة على الشذوذ. وهذا لا يخلو من إشكال على ما قرره، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ١٧١ قوله رحمه الله: «ولو قال: ها الله، كان يميناً، وفي أيمان الله تردّد، من حيث هو جمع يمين، ولعل الانعقاد أشبه» ينشأ التردّد من أنه موضوع للقسم عرفاً، ومن أنه جمع يمين على قول.

حجة القائل بالانعقاد هو أنه موضوع للقسم في العرف، بل ينبغي الجزم به بعد ما سمعت من النص عليه، ولا مدخلية لكونه اسماً أو حرفاً أو مفرداً أو مشتقاً من اليمين 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، وإضافته إلى اسم الله تعالى، فراجع وتأمل.

حجة 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 اليمين والبركة لا باسمه. وقال في المسالك: وقد

ذكر الفاضل اللغوي ابن بري في الاستدراك على الصحاح في هذه الكلمات إحدى وعشرين لغة، أربعة في «أيمين» فتح الهمزة وكسرها مع ضم النون وفتحها، وأربع في «إيمين» باللام المكسورة والمفتوحة والمضمومة، ولغتان في «يمين» 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 فيهما، وثلاث في «من» بضم الميم والنون وفتحها وكسرها، و«م» بالحركات الثلاث وكل ذلك يقسم به.

أقول: القول بالانعقاد لا يخلو من قوة والله العالم.

في الحالف وشرائطه

ج ٣ ص ١٧٢ قوله رحمه الله: «ويصح إيمين من الكافر. كما يصح من المسلم، وقال في الخلاف لا يصح، وفي صحة التكفير منه تردّد»، وجه التردّد من عدم حصول نية القربة، ومن احتمال أن يراد بالقربة التقرب وإن لم يحصل له القرب.

حجة القائل بصحة التكفير من الكافر هو احتمال كون المراد من نية القربة قصد التقرب إلى الله تعالى، سواء حصل القرب والثواب أم لا بنحو ما تقدّم في عتق الكافر، ومن حيث إن بعض خصال الكفارة قد يشك في اعتبار نية القربة فيها - كالإطعام والكسوة، كما يقوله العامة، فانهم لا يعتبرون النية إلا في الصوم من خصال الكفارة، لصدق الإطعام ونحوه بدونها.

حجة القائل بعدم صحة التكفير من الكافر لو حنث هو [إن] الظاهر من مذهب الأصحاب عدم صحتها منه حال الكفر لأنها من العبادات المشروطة بنية القربة فيها، وهي متعذرة في حق الكافر سواء عرف الله أم لا، لأنّ المراد من القربة ما يترتب عليه الثواب، وهو منتف في حقه. كما في المسالك، وقال في الجواهر: وعلى كل حال فتردّه - أي المصتف - في غير محله، ولذا جزم كلّ من قال

بصحة يمينه بعدم صحة التكفير منه حال كفره، لكن قال: ذلك لا يمنع صحة اليمين، وترتب الحنث عليها، وعقابه عليها لومات كافرأ. انتهى كلامه.
أقول: هذا قوي أعني عدم الصحة، وصرف الاحتمال لا يجدي في صحة التكفير، والله العالم بالصواب.

في الأيمان المتعلقة بالمأكل والمشرب

ج ٣ ص ١٧٣ قوله رحمه الله: «إذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد، لم يحنث بأكل ما يشتره زيد وعمرو ولو اقتسماه، على تردّد»، ينشأ التردّد من أنّ القسمة تميز لما اشتراه زيد، ومن أنّ الذي اشتراه غير معيّن.

حجّة القائل بأنه يحنث بالأكل مما اشتراه زيد وعمرو لأنها اشترياه، فكل واحد منهما قد اشترى نصفه، ومن ثم كان على كل واحد نصف ثمنه، وإذا كان لزيد نصفه فقد أكل من طعام اشتراه زيد. وقوى هذا الشيخ في المسوط لأنها اشترياه كان كل واحد منها قد اشترى نصفه عرفاً، ومن ثم ثبت لكل منهما الخيار في الحيوان أو المجلس أو غيرهما. كما أنه يثبت لكل منهما جميع أحكام المشتري والبايع، وحينئذٍ فإذا لزيد نصفه، فقد اكل 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 منهما في العرف بنصفه، فلم تكمل الصفقة لأحدهما، فلم يقع الحنث، لأنّ الأسماء في الأيمان تتبع العرف، وحينئذٍ فليس فيه جزء يقال إن زيدا 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 المصنّف، والاكثر ومنهم الشيخ في الخلاف.

أقول: هذا المطلب مرجعه الصدق العرفي لأن الأحكام تتبع المواضيع الخارجية، ومرجع تشخيصها العرف، فاذا صدق أنه أكل طعام زيد يحنث، 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 يحنث برؤوس الطيور والسمك والجراد، وفيه تردّد»، منشأ التردّد من أن الرؤوس لها حقيقة لغوية في معناها العام، ومن أن العرف خصّها عند الإطلاق بما تعارف بينهم.

حجّة القائل بالحنث إذا أكل أيّ رأس كان، هو الرؤوس على معناها اللغوي، لأنها حقيقة لغوية في جميع هذه الأشياء وأشباهاها، وفي الجواهر: نعم لو فرض تقديم الحقيقة لأنها 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 شابهها، فالأكثر 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، لأنه يختلف باختلاف الأمكنة. كما هو في زماننا هذا والله العالم.

حجّة القائل بحمل الألفاظ على المعنى المتعارف عادة، هو قول الأكثر: إن العرف خصّها عند إطلاق القائل: أكملت رؤوساً، أو اشتري لنا رؤوساً، التي تميّز عن الأبدان وتشوى وتطبخ وتباع بانفرادها. وهي رؤوس الأبل والبقر والغنم وغير ذلك، فالعادة ناقلة عن الحقيقة أو مخصصة. وفي المسالك: وإن كان المختار من ذلك ترجيح العرف على اللغة إذا كان منضبطاً، والمعتبر منه عرف الخالف.

أقول: عند الشك في حمل اللفظ على أيّ معانيه، إنما يحنث بالمتيقّن دون غيره، هذا إذا لم ينو الخالف شيئاً معيناً وإلا تعيّن ذلك المعين، والله سبحانه

العالم.

ج ٣ ص ١٧٤ قوله رحمه الله: «وكذا لو حلف لا يأكل لحماً، فأكل الية، لم يحنث، وهل يحنث بأكل الكبد والقلب؟ فيه تردّد»، وجه التردّد من أنها بمعناه، ومن عدم انصراف اللفظ اليهما.

حجّة القائل أنه يحنث إذا أكل القلب أو الكبد، هو أنها بمعنى اللحم ويقومان مقامه. وقال الشيخ في الخلاف بان اسم اللحم يطلق عليهما - أي على القلب والكبد - لقوله تعالى «ومن كلّ تأكلون لحماً طرياً». ويؤيده في القلب قوله صلى الله عليه وآله «إنّ في الجسد مضغة...»^١ أو في الانسان، والمضغة القطعة من اللحم.

حجّة القائل بعدم الحنث إذا حلف لا يأكل لحماً، فأكل القلب أو الكبد هو: عدم انصراف اللفظ اليهما عند الاطلاق، كما إذا قال السيد لعبده: اشترى لنا لحماً، فاشتراهما - أي القلب أو الكبد - مدعيّاً أنها داخلان تحت إطلاق الأمر، فإن العبد يستحق اللوم، ويمنع من دخولها عرفاً وهو آية الحقيقة، ولصحة السلب يقال ما اشتريت لحماً إذا اشترى كبداً أو قلباً، ولعلّ هذا أظهر عرفاً. كما في المسالك.

أقول: الحق تقدّم يؤخذ بالمتيقن حين الاطلاق والشمول للموضوع، وهذا يختلف باختلاف الأمكنة وما تعارف عندهم.

ج ٣ ص ١٧٤ قوله رحمه الله: «إسم الفاكهة يقع على الرمان والعنب والرطب، فتي حلف لا يأكل فاكهة حنث بأكل كل واحد من ذلك، وفي البطيخ تردّد»، وجه التردّد من صدق الفاكهة عليه ومن أنه جزء الخضروات.

حجّة القائل بأنه يحنث بأكل البطيخ إذا حلف على أكل الفاكهة هو:

صدق اسم الفاكهة عليه، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «نعم الفاكهة البطيخ»، وما روي أيضاً عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، إنه كان يحب من الفاكهة العنب والبطيخ^١، ولأن له نضجاً وادراكاً كالفواكه. قال الشيخ في المبسوط: فإن حلف لا يأكل فاكهة، فأكل القثاء والخيار، لم يحنث لأنها من الخضرة، فإن أكل بطيخاً حنث، لأن له نضجاً كنضج الرطب يخلو إذا نضج ويؤكل كالعنب والرطب، فلهذا كانت من الفاكهة. إنتهى كلامه.

أقول: كما ذكرنا سابقاً المرجع في الحنث وعدمه الى الصدق العرفي، وإلا فلا يحنث إذا لم يكن الموضوع معيناً للأصل، والله سبحانه العالم بالصواب. حجة القائل بعدم الحنث إذا أكل البطيخ هو أنه من الخضروات، ويؤيده ما عن زرارة، عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام «أنهما قالا: عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عن الخضرة في باب الزكاة، قلت: وما الخضرة؟ قالا: كل شيء لا يكون له بقاء البقل والبطيخ والفواكه»^٢، الحديث. ففي الجواهر: العطف يقتضي المغايرة، وفيه وفي المسالك أسندا القول بأن البطيخ من الخضروات الى القليل، ثم عقب القليل بأن المرجع فيه العرف، فإن فقد فلا حنث للأصل. كما تقدم فراجع وتأمل.

في الأيمان المتعلقة بالأفعال

ج ٣ ص ١٧٥ قوله رحمه الله: «وكذا البحث في استدامة اللبس والركوب، أما التطيب ففيه تردد، ولعل الأشبه أنه لا يحنث بالاستدامة» وجه التردد من عدم صدق النسبة الى المدة، ومن صدق اسم التطيب عليه فعلاً.

١ - المستدرک کتاب الاطعمة والأشربة الباب ٦١ من أبواب الاطعمة 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، لأنه لا يقال تطيّب شهراً مثلاً، بل منذ شهر وإن كان باقياً عليه كالطهارة مع بقائه عليها، وإنما يحرم استدامة الطيب على المحرم بدليل من خارج، كتحريم شمه عليه، ولصحة السلب فإنه يصح أن يقال ما تطيّب منذ يومين، وما تطيّب اليوم، وإن كان أثر الطيب باقياً. وهو مختار المصنّف في المتن حيث قال: ولعلّ الأشبه أنه لا يحنث بالاستدامة. وقواه في المسالك وقال: لأنه لم يحلف على أن لا يكون متطيّباً، بل على أنه لا يتطيّب وبينهما فرق.

أقول: هذا من ناحية المغايرة بين الابتداء والاستدامة.

حجّة القائل بأنه يحنث بالاستدامة، هو احتمال اتحاد الابتداء والاستدامة وعدم المغايرة بينهما، لأنه يصدق عليه الآن أنه متطيّب ولو مجازاً. كما في الجواهر، ولأنه يحرم عليه استدামته 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 تردّد، منشأ متابعة العرف في افراد كل واحد باسم»، ينشأ التردّد من شمول الهبة لهما بالمعنى الأعم، ومن افراد كل واحد باسم خاص.

حجّة القائل بالحنث إذا حلف لا وهبت له بالوقف أو الصدقة عليه، هو دخول الوقف والصدقة بالهبة، لأنّ كل واحد منهما تمليك مجاني. وفي المسالك: لا إشكال في تناول العطية المتبرع بها لجميع ما ذكر، لأنّ العطية المتبرعة أعم من تعلقها بالعين والمنفعة، فيدخل في الأول - أي العين - الهدية والوقف والصدقة،

وانما الاشكال في مساواة الهبة للعتية.

و في الجواهر: نعم يقوى لحوق ما عرفت من الصدقة التي هي في الحقيقة هبة بعوض هو القرب الى الله تعالى. وثبت بعض أحكام لها خاصة بها، كعدم جواز رجوع بها ونحوه، لا ينافي ذلك أيضاً، ضرورة اختصاص جملة من أفراد المطلق باسم وأحكام لا تثبت في غير الفرد المزبور كالسلم ونحوه، فإن هبة الرحم تختص بعدم جواز الرجوع بها ولم تخرج بها عن اسم الهبة، وحينئذ فكل صدقة هبة ولا عكس، بينهما عموم من وجه.

وقال الشيخ في المبسوط ما لفظه: اذا حلف «لا وهبت له» فالهبة عبارة عن كل عين يملكه إياها تبرعاً بغير عوض، فإن وهب له أو أهدى إليه أو نخله أو أعمره أو تصدق عليه صدقة تطوع، حث بذلك. إنتهى كلامه.

أقول: الاشكال في الوقف فقط، لأنه لا يتناول لفظ ولو كان كذلك لأطلقت الهبة عليه، وهو خلاف الظاهر، والله أعلم.

حجة القائل بعدم الحث إذا حلف على عدم الهبة ووقف وتصدق، هو عدم تناول الهبة للوقف المقطوع بكونه ليس هبة، إسمياً ولا حكماً، بل عن ابن ادريس عدم الخلاف فيه والجزم بأنه لا يبرّ الحالف على الهبة بالوقف ولا بالصدقة، لافراد كلّ باسم، والأصل براءة الذمة للفرق بين الهبة والصدقة.

و في الجواهر: لا تردّد في عدم تناولها - أي الهبة - الوقف المقطوع بكونه ليس هبة إسمياً ولا حكماً، بل عن ابن ادريس عدم الخلاف فيه.

و في المسالك: لا تطلق الهبة على هبة المنفعة، ولا على الصدقة، لاختلافها إسمياً ومقصوداً وحكماً. أما الاسم فن تصدق على فقير لا يقال وهبه، وأما المقصود فالصدقة يراد بها التقرب الى الله تعالى، والهبة لاكتساب المودة أو الأعم، وأما الحكم فلأن النبي صلى الله عليه وآله كان لا يأكل الصدقة ويأكل الهبة 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 يحنث، وفي السلطان تردّد، أشبهه أنه لا يحنث إلا بالمباشرة»، وجه التردّد من إسناد الفعل حقيقة المباشرة، ومن أنّ 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 حينئذٍ بالحقيقة، والاستصحاب لحكمها أولى، ولأن حكم اليمين تابع لمفاد اللفظ حقيقة، حتى لو كان سلطاناً ومن عادته عدم المباشرة، فإنه لا يحنث بأمر الغير بالضرب، لأنّ إسناد الضرب الى الأمر مجاز.

أقول: لعلّه لهذا اختاره المصنّف في المتن، والله أعلم.

حجّة القائل بالحنث إذا أمر غيره بالفعل، خصوصاً إذا لم يكن من عادته المباشرة كالسلطان، هو الانسباق العرفي أو لغلبة استعماله في العرف، وقال في المسالك: ذهب جماعة الى الحنث لغلبة استعماله في العرف، وفيه قوة. ومثله حلف السلطان ونحوه، ممن يترفع عن مباشرة الضرب، وقال أيضاً: القول بالحنث إذا أمر السلطان فيه قوة.

و في الجواهر ذكر تردّد المصنّف وقال بعدم الحنث عند المصنّف، وعقبه بقوله: وقد عرفت أنّ الأشبه خلافه، أي الأشبه الحنث.

أقول: هذا الاستعمال مجاز- أي إسناد الضرب الى السلطان- إلا أنه صحيح في باب اليمين مع قصده. هذا وفي المسألة بعض النقاش كما تقدّم من تقديم الحقيقة أو العرف أو الشرع، أو أنه حقيقة ومجاز، وتفصيل أخرى أخذنا محل الحاجة منها، والله سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٣ ص ١٧٨ قوله رحمه الله: «ولو توكل لغيره في البيع والشراء، ففيه تردّد، والأقرب

الحنث لتحقق المعنى المشتق منه»، وجه التردد من أنه باع واشترى، ومن صحة نفيه عنه.

حجة 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 لتحقيق البيع والشراء، لأن البائع والمشتري مشتقان من البيع والشراء وقد تحقق المعنى المشتق منه، لأنه أعم من وقوعه لنفسه ولغيره، واستظهر صاحب المسالك الحنث. وكذا في القواعد.

حجة القائل بعدم الحنث إذا توكل لغيره في البيع هو صحة نفي البيع والشراء عنه عرفاً، فيقول: ما بعْتُ ولا اشتريتُ، بل المشتري فلان والبائع 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 الى الانسباق.

في مسائل متفرقة

ج ٣ ص ١٧٩ قوله رحمه الله: «أما لو قال لا ركبت دابة المكاتب، حنث بركوبها، لأن تصرف المولى ينقطع عن أمواله، وفيه تردد»، منشأ التردد من أنه مالك في الجملة، ومن أن ملك المكاتب غير تام.

حجة القائل بالحنث إذا حلف المولى على عدم ركوب دابة المكاتب فركبها -سواء كان المكاتب مشروطاً أو مطلقاً- هو انقطاع تصرف المولى عنه، وتحقيق ملك المكاتب ملكاً متزلاً قبل التحرير الكامل. وفي الجواهر الحق الحنث مطلقاً أي سواء كان مطلقاً أو مشروطاً، للصدق عرفاً على وجه لا ينافيه الحجر عليه بأحد أسبابه، كما لا ينافي الحجر ملكية الحر، بل الظاهر تحقيق حقيقة الاضافة بهذا المقدار من الملك. وفي المسالك استظهر الحنث مطلقاً، لثبوت الملك في الجملة كما سبق.

حجّة القائل بعدم الحنث إذا حلف على عدم ركوب دابة المكاتب، هو عدم تمامية الملك للمعبد، ولذا ينع التصرف فيه بغير الاكتساب، مع أنه -أي العبد- بمعرض العود رقاً فيما إذا لم يؤدي مال الكتابة، فيرجع هو وماله الى مولاه. وربما فرق بين المكاتب المطلق والمشروط فأثبتوا الحنث في الأوّل دون الثاني.

أقول: ثبوت الحنث كما تقدّم 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 مضرّاً، وفيه تردّد»، وجه التردّد من أنّ سبب الوجوب مأذون فيه، ومن أنّه 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 لمخلوق في معصية الخالق»، فيصوم كسائر الواجبات، ولأنّ الحنث يستعقب الكفارة، فالإذن في اليمين إذن في التكفير. كما أنّ الإذن في الاحرام إذن في بقية أفعال الحج، كما في المسالك.

و في 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 تستتبع الاذن في التكفير. كما في الجواهر، ثم قال: وبعضهم فصل بين الصوم المضرفلا يجوز، وبين غيره فله، واختار المنع المصنّف، وهو متين والله أعلم.

كتاب النذر

في الناذر وشروطه

ج ٣ ص ١٨٥ قوله رحمه الله: «وان أجاز المالك في صحته تردّد، أشبهه اللزوم» منشأ التردّد من عموم الوفاء بالنذر، ومن أنه لا يقدر على شيء. حجة القائل بالصحة إذا أجاز المالك لمملوكه 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 سيّده، فلا تخصيص في البين يخصص العموم.

والخبر المروي عن أبي عبد الله عليه السّلام أنّ علياً كان يقول «ليس على المملوك نذر إلا أن يأذن له سيّده»^٢.
والحاصل: أنّ الأدلة الواردة في الكتاب والسنة عامة تدلّ على وجوب الوفاء بتمام أفراد النذر، سواء كان الناذر حرّاً أم عبداً.
وفي اللعمة الدمشقية قول آخر هو قوله: والأقوى وقوعه بدون الإذن باطلاً، أي أنّه لا ينعقد نذره بإجازة المولى بعد وقوع النذر.
حجة القائل بعدم صحة نذر العبد وإن أجاز المالك هو قوله تعالى «لا يقدر على شيء وهو كلّ على مولا»^٣.

١ - سورة الانسان آية ٧.

٢ - الوسائل الباب ١٥ من ابواب كتاب النذر الحديث ٣.

٣ - سورة النحل آية ٧٦.

ولأنه محجور عليه في جميع تصرفاته و التزاماته، فلا يبعد القول بوقوع النذر باطلاً لعدم قابلية المحل، وأيضاً جواباً عما سبق أنّ وجوب الوفاء وإن كان عاماً يشمل مثل هذا النذر لكنه مخصص بالنص الوارد في غير العبد، فخرج بهذا النص نذر العبد من دون إذن سيّده، فهو غير داخل تحت العموم، لا أنّ العموم مخصص بنذر العبد الذي نهاه سيّده عنه، حتى يقال بدخول نذر العبد الذي لم يأذن له سيّده تحت العموم فيشملة العموم فيجب الوفاء به، وإنّ نذر العبد المنهيّ 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 تردّد»، ينشأ التردّد من أنه أوجب الحج على نفسه بالنذر، ومن الرواية القائلة بالاجزاء.

حجّة القائل بكفاية الحج عن غيره عنهما اذا نذر ولم يكن له مال هو أنّه يصدق عليه أنّه حجّ البيت وصحيح رفاة «قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل حجّ عن غيره ولم يكن له مال، وعليه نذر أن يحج ماشياً، أيجزي عنه عن نذره؟ قال: نعم»^١. وأفتى الشيخ الطوسي بمضمونها في النهاية وقال بالاجزاء.

حجّة القائل بعدم الاجزاء ذهب اليه الأكثر لأنّها سببان مختلفان - أي نذر الحج، والحج عن الغير - فلا يجزي أحدهما عن الآخر، ومن أنّه أوجب على نفسه الحج، كحج الاسلام الذي لا يجزي عنه الحج عن غيره، ولأنّ الأصل عدم

١ - الوسائل الباب ٢١ من ابواب كتاب النذر والعهد الحديث ١.

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 تردّد»، وجه التردّد مما ذكره الشيخ، ومن أنّ الصوم المنذور المقيّد.

حجّة القائل بجواز اتباع الصوم المنذور في مكان معين يصومه أين شاء هو عدم تعيين المكان، لأنّ 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 أنّ المنذور الصوم المقيّد بكونه في المكان المخصوص فيجب الوفاء به عملاً بعموم الأمر بالوفاء بالنذر، ولا يتحقق إلا بذلك - أي إلا بالمقيّد المعين -.

ولأنّ الصوم المطلق غير مندور حتى يقال بإجزاء الصوم حيث شاء، ولا القيد - أعني المكان المعين - حتى يقال أنّه لا مزية فيه، وإنما هو من قبيل نذر المباح، بل هو الصوم المقيّد بكونه في المكان المخصوص، ولا شك أنّه عبادة راجحة فلا مانع من انعقاده.

وأيضاً فطلق المكان لا يخلو عن المزية، فإنّ الصوم في بعض الأماكن أشق فيكون أفضل، لأنّ «أفضل الأعمال أحزمها» وبعضها أسهل، فيكون قد قصد بتعيينه التخفيف على نفسه وهو أمر مطلوب شرعاً وعقلاً، والعبادة المقيّدة به صالحة للنذر فيتعيّن عملاً بالعموم، هذا ما ذكره في المسالك وقواه مطلقاً.

ثم ذكر قولاً ثالثاً للعلامة تعيين ذي المزية دون غيره، لأنّ المكان ذي المزية راجح، فينعقد نذره.

وقد روى الصدوق «أن صوم يوم في مكة المكرمة كصوم سنة في غيرها»
وادعى ولده في الشرح: أن الإجماع واقع على تعيين ذي المزية وإنما الخلاف في
غيره. وتنظر في هذه الدعوى صاحب المسالك.

أقول: القول بالانعقاد والإتيان به على طبق ما عيّن لا يخلو من قوة والله
سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ١٨٩ قوله رحمه الله: «أما لو نذر الصلاة في مكان لا مزية فيه للطاعة على غيره
قيل: لا يلزم وتجب ويجزي إيقاعها في كل مكان، وفيه تردد» وجه التردد من عدم المزية فلا
يلزم المكان، ومن أن المنذور الصلاة المقيّدة.

حجّة القائل بوجوب الصلاة في أي مكان هو أن العمل محبوب ذاتاً فيجب،
والمكان الفاقد للمزية لا يلزم لخلوّه عن الرجحان المعتبر في النذر، ورجحان
المكان مزية، فع فرض عدمها لا ينعقد النذر ولكن تجب الصلاة التي هي متعلّق
النذر وعدم وجوب المقيّد لا ينافي وجوبها، فعلى هذا يجزي إيقاعها في كل مكان
حصل بعد هذا البيان.

حجّة القائل بوجوب المقيّد 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 كالصلاة المنذورة في الوقت المعيّن مطلقاً
بل قد سمعت غير مرة إن ذلك هو الأقوى لعموم الأدلة، وللإجماع، كما ذكر
ذلك صاحب الجواهر عن المسالك.

أقول: قدّمنا في الصوم في التردد السابق أنه لا يخلو من قوة والله سبحانه العالم.
ج ٣ ص ١٩٣ قوله رحمه الله: «إذا نذر أن يصوم أول يوم من شهر رمضان لم ينعقد، لأنّ
صيامه مستحق بغير النذر، وفيه تردد» ينشأ التردد من أنه مستحق قبل النذر، ومن
النصّ الوارد في صحته.

حجة القائل بعدم انعقاد النذر لصوم الواجب هو أنّ صومه متعين في أصل الشرع، فيجابه بالنذر تحصيل الحاصل، ولأنه على تقدير كونه يوماً من رمضان قد استحق صيامه بالأصل ولا يمكن أن يقع فيه غيره والنذر غيره، وذهب جماعة الى عدم الانعقاد منهم السيّد المرتضى والشيخ وأبو الصلاح وابن ادريس لهذه العلة.

حجة القائل بصحة النذر و انعقاده للواجب سواء كان أول يوم من رمضان وغيره هو صحة اليمين على فعل الواجب وترك الحرام وفيه روايات^١ كثيرة مضافاً الى عموم أدلة^٢ النذر، راجع ما ذكرناه من المصادر.

ثم إنّ الواجب طاعة مقدورة للناذر فينعقد نذره لأنّ ذلك متعلق النذر وإيجاب صومه بأصل الشرع لا ينافي وجوبه من طريق آخر، فيكون من باب تعدد السبب وإنّ النذريفيد زيادة الإنبعاث حذراً من الكفارة وهو نوع من اللطف. وذهب أكثر المتأخرين الى 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 الايمان.

٢ - سورة الحج آية ٢٩ وسورة الانسان آية ٧ والوسائل الباب ٢٣ من ابواب الكفارات الحديث ٦ من كتاب

الايلاء والكفارات.

كتاب الصيد والذباحة

اختصاص الإبل بالنحر وغيرها بالذبح

ج ٣ ص ٢٠٥ قوله رحمه الله: «فإن نحر المذبوح أو ذبح المنحور فمات لم يحل، ولو أدركت ذكاته فذكي حل، وفيه تردد»، منشأ التردد من اشتراط الحياة المستقرة، ومن عدم اشتراطها.

حجة القائل بحلية الذبيحة هو وجود المقتضي - أي التذكية الشرعية - ويكون نحر المذبوح وذبح المنحور أولاً كالجرح - أي الحيوان المجروح قبل تذكيته 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 كالإسكافي والصدوق ونهاية الشيخ، وابن براج وزهرة وأبي الصلاح وسلاّر والطبرسي، في جامع الجوامع والنافع والتبصرة والدروس ويحيى بن سعيد والروضة وغاية المرام وغيرهم.

أقول: هذا هو الأقرب، للأصل، بعد عدم الدليل على استقرار الحياة، لأن الأدلة دلت على الحركة أو خروج الدم والله أعلم.

حجة القائل بعدم الحلية، هو أن شرط حل المذكي 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 واني حمزة وإدريس والفاضل

وولده واللمعة وغاية المراد وكز العرفان والصيمري في تلخيص الخلاف والمقدّس الأردبيلي والفاضل الاسترابادي، وعن الروضة نسبتة الى المتأخرين، وفي الجواهر بل لعلّه ظاهر المرتضى في المسائل الناصرية والطبرسي في مجمع البيان وغيرهم، وفي الشرايع: ومعنى المستقرة التي يمكن أن يعيش مثلها اليوم والأيام.

أقول: الظاهر للمتبع أنّ الاستقرار بهذا غير معتبر بالحركة أو خروج الدم يكفي في حليّة الذبيحة والله سبحانه العالم.

ما لا يقع عليه الذكاة من الحيوانات وما يقع

ج ٣ ص ٢١٠ قوله رحمه الله: «الثاني في الحشرات كالقاراة وابن عرس والضب وفي وقوع الذكاة عليها تردّد، أشبه أنه لا يقع»، وجه التردّد من الانتقاع بجلد بعضها، ومن أصالة عدم التذكية.

حجّة القائل بوقوع الذكاة عليها هو أنّ السبب في صحة تذكية المأكول الانتفاع بلحمه وجلده، وهذا يتحقق في جلد بعضها كالضب وغيره، كما ذكره صاحب المسالك عن المرتضى والشهيد بوقوع الذكاة على بعض المسوخ التي هي من جملة الحشرات كالضب ونسب الى الأكثر أو المشهور، وفي اللمعة: القول بوقوع التذكية شاذ.

حجّة القائل بعدم وقوع التذكية عليها فحكمها حكم المسوخ هو أنّ الذكاة حكم شرعي يترتب عليه طهارة ما حكم بكونه ميتة، وهذا أمر يتوقف على دليل صالح مخرّج عن حكم الأدلة الدالة على نجاسة الميتة وأجزائها التي تحلّها الحياة والجلد منها، وهو مفقود لظهور فساد الأصل في المسوخ، وهنا أيضاً ومنع مشاركة المذكورات للمأكول اللحم، لهذا تردّد المصنّف واختار عدم وقوع التذكية عليها والله أعلم.

ج ٣ ص ٢١٠ قوله رحمه الله: «الرابع السباع كالأسد والنمر والفهد والثعلب، وفي وقوع

الذكاة عليها تردّد والوقوع أشبه» منشأ التردّد من روايات الوقوع، ومن أصالة عدم الوقوع.

حجّة القائل بوقوع التذكية على المذكورات في المتن هو موثقة سماعة «قال: سألته عن جلود السباع أينتفع بها؟ قال: إذا رميت وسمّيت فانتفع بجلده وأما الميتة فلا»^١ وموثقته الأخرى أيضاً «قال: سألته عن لحوم السباع وجلودها؟ فقال: أما لحوم السباع والسباع من الطير والدواب فإنّا نكرهه وأما الجلود فاركبوا عليها ولا تلبسوا شيئاً منها تصلون فيه»^٢ فإنه لولا وقوع التذكية عليها لم يجز الإنتفاع بجلودها لأنّها ميتة.

قال في كشف اللثام: المشهور الوقوع، بل في غاية المراد: لا نعلم فيه خلافاً، بل عن بعض: دعوى الاتفاق عليه، بل عن السرائر: دعوى الإجماع عليه، وفي المستند: إنّ الوقوع هو الحق المشهور كما في المسالك والمفاتيح وشرحه، بل في الأخير وعن الشهيد: إنّه لا يعلم في ذلك مخالف، وفي المفاتيح: إنه مذهب الكل.

أقول: الأقرب ما ذكره المشهور، بل السيرة في جميع الأعصار والأمصارع على استعمال الجلود، والله سبحانه أعلم.

حجّة القائل بعدم الوقوع هو الأصل، وضعف الروايتين الموثقتين سنداً، وقال في المسالك: بعد تضعيف أدلّة المجوزين وضعف روايتي سماعة ثم ذكر إنّ إثبات طهارة الميتة بمثل هذه الأدلّة بعيد، وأما الاستدلال بالأصحاب مفتون بجواز استعمال جلود السباع بل جلود ما عدا الكلب والخنزير بعد الذكاة، فلولا وقوعها عليها لما صحّ ذلك كما احتجّ به الشهيد في الشرح.

فالاستدلال بموضع النزاع عليه، فإن كان من مجرد الفتوى فلا يخفى مافيه، وإن كان من ظهور الإجماع عليه فثله في جلود المسوخ والحشرات ولا يقولون به،

١ و ٢ - الوسائل الباب ٢ من ابواب لباس المصلي والباب ٣ من ابواب الاطعمة المحرمة حديث ٤.

الى آخر ما ذكر في المسالك واستقر به في الجواهر فراجع وتأمل والله سبحانه أعلم .

ما يثبت في آلة الصائد يملكه ناصبها

ج ٣ ص ٢١١ قوله رحمه الله: «ولو اتخذ موحلة للصيد فنشب بحيث لا يمكنه التخلص لم يملكه بذلك، لأنها ليس آلة معتادة، وفيه تردد» ينشأ التردد من انتفاء كونها آلة للإصطياد عادة، ومن كونه مع القصد بمعناه.

حجة القائل بعدم ملكية الصيد الواقع في الموحلة المعدة لذلك هو الأصل - أي بقاء الصيد على الإباحة الى أن يوجد سبب مملك - وإن قصد به التملك بأن اتخذ الموحلة للصيد لأنها ليست آلة معتادة تدخل في إطلاق الأدلة القاطعة، لأصالة عدم تملكه، ومن ثم لا يتبادر الذهن إليها عند الإطلاق، والشارع المقدس إنما يحمل الحكم على الحقيقة الشرعية أو العرفية وهما مفقودان، لهذا قال المصنف: لم يملكه بذلك.

وفي اللعة: ولا يملك ما عَشَش في داره أو وقع في موحلته أو وثب الى سفينته لأن ذلك لا يعد آلة للإصطياد ولا إثباتاً لليد، نعم يصير أولى به من غيره، فلو تحظى الغير فعل حراماً، وفي ملكه وله بالأخذ قولان...، الى آخر كلامه والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بملكه هو ثبوت يده عليه مع القصد الى تملكه، وهذه الامور وإن لم تكن آلة معتادة إلا أنها تصلح للآلية، لأنها قد أوصلته اليه، فاذا انضم إليها قصد التملك تحقق الملك، لأنّ المعتبر في تملك المباحات وضع اليد عليها مع نيته، وهو متحقق هنا، والآلة المعتادة لم تقتض الملك من حيث كونها معتادة بل من إزالة المنفعة، وهو موجود في المتنازع كما في المسالك.

وفي اللعة: و كونه مع القصد بمعناه وهو الأقوى، أي يكون السفينة والدار الموحلة مع قصد الصيد بهذه الأشياء يكون بمعنى الصيد. وفي الجواهر: إنّ المدار

على كل ما يعمل للإصطياد به ومن هذا يظهر أنه لا ينبغي التردد في الشرايع فيما اتخذ موصلة للصيد فنشب بحيث لا يمكنه التخلص، لأنها ليست آلة معتادة، إذ أي فرق بين ذلك وبين نصب الشبكة، ومجرد أنه لا يصدق عليه الآلات المتعارفة لا يوجب عدم صدق السبق والإصطياد مما هو معيار الحكم، ولذا لو شغل ناراً لإسقاط الجراد ونحوه فسقط فيها ملكها، لصدق العنوانين المذكورين. ويؤيد ذلك التعليل في بعض الروايات مثل «قوله عليه السلام في صحيح الحلبي في مسألة دخول السمكة في الحظيرة: لا بأس به إن تلك الحظيرة إنما جعلت ليصطاد بها»^١ ومثله غيره والله أعلم.

كتاب الأطعمة والأشربة

بيان ما يحرم من أجزاء الذبيحة

ج ٣ ص ٢٢٣ قوله رحمه الله: «وفي المائة والمرارة والمشيمة تردّد أشبهه التحريم» وجه التردّد من دلالة بعض الروايات على التحريم، ومن ضعف مستند الحرمة. حجة 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 والحيا والمرارة»^١.

و رواية اسماعيل بن مرّار عنهم عليهم السلام «قال لا يؤكل مما 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 والخزرة التي تكون في الدماغ»^٢ وما في معناهما روايات أخرى ما ذكرنا. فالشيخ في النهاية: حكم بتحريم جميع ما ذكر إلا المثانة، فإنّه لم يتعرض لها، ووافقه ابن إدريس: وزاد المثانة. وتبع الشيخ على ذلك جماعة من العلماء ومنهم المصنّف والله العالم.

حجة 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

وبعضها مجهول والمتيقن منها - أي من حرمة هذه الأشياء المذكورة - تحريم ما دلّ عليه دليل خارج كالدّم وفي معناه الطحال وتحريمها ظاهر من الآية الشريفة قوله تعالى «أما حرّم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهلّ به لغير الله»^١. فتحريم الجميع يمكن أن يكون من ناحية الإستخبات كما أشار إليه المصنّف واختار ذلك العلامة في المختلف وابن الجنيد: أطلق كراهية بعض هذه المذكورات، ولم ينصّ على التحريم شيء، نظراً إلى أصل عدم الحرمة، والروايات يمكن أن يستدل بها على الكراهة إلا أن يدعى استخبات الجميع، فإذا ثبت تثبت الحرمة، فحرمتها إذن تكون من باب الإستخبات لا من باب الإستناد إلى هذه الروايات التي تقدم ذكر بعضها، وقوى في المسالك ما قاله المصنّف من الحرمة للإستخبات.

أقول: القول بجرمة المذكورات من ناحية الإستخبات لا يخلو من قوة والله سبحانه أعلم بالصواب.

في حكم دخان الأعيان النجسة والمنتجسة

ج ٣ ص ٢٢٦ قوله رحمه الله: «ودواخن الأعيان النجسة عندنا طاهرة، وكذا كل ما أحالته النار فصيرته رماداً أو دخاناً على تردّد» وجه التردّد من أنّ الدخان حقيقة أخرى ومن احتمال تصاعد أجزاء نجسة قبل الإستحالة. حجّة القائل بالطهارة هو تحقق الإستحالة المقتضية للطهارة، فإنّ الدخان حقيقة أخرى مخالفة لحقيقة الدهن وصفاته، وكذا القول في كل دخان بالنسبة إلى أصله، وعلى هذا فتحريم الإستصباح به تحت الظلال تعبّد شرعي لا نعلم وجهه، كما قال صاحب المسالك.

وقد مرّت هذه المسألة في باب الطهارة: وإنّ النار تطهر ما أحالته رماداً أو دخاناً من الأعيان النجسة. وهو المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً شهرة كادت تكون إجماعاً كما في جامع المقاصد وظاهر التذكرة وعن السرائر فيها وغيرهم وظاهر الذكرى: أنّ الناس مجمعون على عدم التوقي عن رماد الأعيان النجسة بل عن دخانها وأبخرتها. الى غير ذلك فراجع وتأمل.

حجّة القائل بنجاسة الدخان هو اختيار الشيخ في المبسوط فيما حكى عنه التصريح بنجاسة خصوص دخان الدهن النجس، لكن علّله بأنه لا بدّ من تصاعد بعض أجزائه قبل إحالة النار لها بواسطة السخونة، وهذا واضح الخروج عن محل البحث، كالمحكى عن نهاية الفاضل بعد حكمه بطهارة الدخان مطلقاً للإستحالة كالرماد، وأنّه لو استصحب شيئاً من أجزاء النجاسة باعتبار الحرارة المقتضية للعود فهو نجس، ولهذا نهى عن الإستصباح بالدهن النجس تحت الظلال لعدم انفكاك ما يتسحيل عن استصباح أجزاء دهنية اكتسبت حرارة أوجبت ملاقاته الظل وإن كان فيه نظر من جهات ذكرت في محلّها كما في الجواهر^١.

هذا والقول بالتعبّد على تقدير عدم النجاسة مشروط بوجود دليل يقتضيه ولا يظهر عليه أما عدمه بل ظهور الدليل في خلافه فلا كما في المسالك.

أقول: لا يخفى على من تتبع كلمات 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: «وكذا ما يربّه الإنسان من النخل، وكذا الزرع والشجر

على تردّد» منشأ التردّد من عموم المنع، ومن ورود الدليل بالجواز.

حجة 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» ويؤيده صحيح علي بن يقطين «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطح وغير ذلك من الثمر، أيحّل له أن يتناول منه شيئاً ويأكل من غير إذن صاحبه، وكيف حاله إن نهاه صاحب الثمرة 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 يمر على فراخ الزرع، يأخذ منه السنبل؟ قال: لا. قلت: أي شيء السنبل؟ قال: لو كان كل من يمر به يأخذ منه سنبل لا يبقى منه شيء»^٣ وخبر مسعدة بن زياد المروي عن قرب الاسناد «عن جعفر بن محمد عليهما السلام أنه سئل عما 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.

و اختار هذا المرتضى في المحكي عنه في المسائل الصيداوية، والفاضل في مكاسب المختلف وإن توقف في الأطعمة، والمحقق الثاني وغيرهم من المتأخرين ومتأخرهم. وقال في الجواهر: اختاره الاستاذ الكبير. الظاهر أنه الشيخ جعفر الكبير صاحب كشف الغطاء - رحمه الله - هذا وإن ناقش في بعضها صاحب الجواهر فراجع وتأمل والله أعلم.

حجة القائل بالجواز مع عدم العلم أو الظن بالكراهة هو المشهور بين الأصحاب نقلاً و تحصيلاً بل في المختلف عن السرائر: إذا مرّ الانسان بالثمر جاز له

١ - سورة البقرة آية ١٨٨.

٢ و ٣ و ٤ - الوسائل الباب ٨ من ابواب بيع الثمار الحديث ٦٧-٦٨-١.

أن يأكل منها قدر كفايته 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 قدمائهم إلا ما يحكى عن المرتضى في بعض كتبه. ويدل عليه مضافاً الى ذلك كما في الجواهر: قول الصادق عليه السلام في خبر عبدالله بن سنان «لا بأس بالرجل يمر بالثمرة ويأكل منها ولا يفسد قدمه، نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن تبنى الحيطان في المدينة لمكان المارة قال: وكان إذا بلغ نخلة أمر بالحيطان فخرقت لمكان المارة»^١ ومرسل الفقيه «من مر ببستان 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 فأكل منها؟ قال: كل ولا تحمل»^٣ وزاد في أحد طرقه «قلت: جعلت فداك إن التجار قد اشتروها ونقدوا أموالهم قال: اشتروا ما ليس لهم» الى غير هذا من الروايات البالغة حد التواتر كما سبق، وفي المسألة اكثر تفصيل أخذنا محل الحاجة، وقد ظهر من مجموع ما ذكرنا قوة القول بالجواز كما أشار اليه صاحب الجواهر - رحمه الله - .

ج ٣ ص ٢٣٠ قوله رحمه الله: «وإن كان صاحب الطعام ضعيفاً لا يمتنع، أكل الطعام وضمنه، ولم تحل الميتة، وفيه تردد» وجه التردد من وجود الطعام فلا اضطرار، ومن حرمة طعام الغير فتحل الميتة.

حجة القائل بحرمة أكل الميتة إذا تمكن من طعام الغير وضمن ثمنه، هو أن تحريم مال الغير عرضي بخلاف الميتة، وقد زال عروض أكل مال الغير بالاضطرار فيكون أولى من الميتة. كما في الدروس أنه مع قدرته على قهر الغير على طعامه بالثمن أو بدونه مع تعذره - أي تعذر الثمن على المضطر - لا يجوز له أكل

١ - ٢ - الوسائل الباب ٨ من ابواب بيع الثمار الحديث ١٢، ٨ مع اختلاف يسير، ٤.

٣ - الوسائل الباب ٨ من ابواب بيع الثمار الحديث ٢.

الميتة، بل يأكل الطعام ويضمّنه لمالكه، فإن تعذر عليه قهره أكل الميتة.
 حجّة القائل بجواز أكل الميتة وحرمة أكل مال الغير هو الذي ذكره صاحب
 المسالك ونسب اختياره الى المصنّف: أنه يأكل الميتة ويدع طعام الغير، لأنّ
 الميتة محرمة لحقّ الله تعالى، وحقوق الله مبنية على المساهلة، ولأنّ إباحة الميتة
 للمضطر منصوص عليها بقوله تعالى «فمن اضطرّ غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه»^١
 وجواز الأكل من مال الغير بغير إذنه يؤخذ من الإجهاد ولأنّ الميتة يتعلّق بها
 حق واحد لله تعالى ومال الغير يتعلّق به الحقان واشتغال ذمته.

و في الجواهر: والأولى الإستدلال بصدق الإضطرار بعد إطلاق الأدلّة
 وعمومها بجرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، والممنوع شرعاً كالممنوع عقلاً،
 فيتحقق الإضطرار الذي هو عنوان الرخصة، ومنه يعلم وجه ضعف احتمال
 أكل الطعام لصدق القدرة على إطعام حلال العين، فأشبه ما إذا كان المالك
 حاضراً وبذله له، والتصرف في مال الغير منجبر بثبوت عوضه في الذمة،
 وأضعف منه احتمال تخييره بين الأمرين لتعارض الحقين، ثم تنظر فيه، وقال:
 ودعوى الفرق بينه وبين الغائب، بأنّ الغائب غير مخاطب بدفعه الى المضطر،
 وماله باق على أصل احترامه، بخلاف الحاضر فإنّه مأمور شرعاً بدفعه فإذا امتنع
 جاز أخذه قهراً موافقة لأمر الشارع، ولم يكن بسبب في ذلك مضطراً الى الميتة،
 هذه الدعوى واضحة الفساد، ولعلّه لهذا تردّد به المصنّف.

أقول: ما ذكره صاحب الجواهر غير بعيد بالنسبة للقواعد الشرعية والله

سيحانه العالم بالصواب.

كتاب الغصب

في السبب

ج ٣ ص ٢٣٥ قوله رحمه الله: «فلوسكن الدار مع مالكها قهراً، لم يضمن الأصل. وقال الشيخ: يضمن النصف. وفيه تردد» وجه التردد من عدم الاستقلال، ومن صدق الغصب عليه عرفاً.

حجة القائل بعدم ضمان الأصل على الغاصب - أي جميع الدار - لعدم استقلاله لإثبات يده، بل مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين ضعف المالك وقوته، لأن 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 كل محل منها يد المالك باقية عليه في الجملة.

حجة القائل بضمان الغاصب لنصف الدار هو اجتماع يديها واستيلائهما عليها. وربما قيل بأنه على هذا التقدير مستقل بالنصف أيضاً على وجه الإشاعة. والقائل بضمان النصف الشيخ الطوسي وتبعه الأكثر، وقواه في المسالك، وفي الجواهر: 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. ولهذا قال في الجواهر: لم نجد هذا القول لأحد ممن تقدم المصنف، وإن حكاه المصنف في النافع قولاً، إلا أنه باطل، لصدق الغصب بذلك عرفاً، وفي المسألة زيادة تفصيل وأقوال ذكرها صاحب الجواهر، فراجع وتأمل فيه.

أقول: الغضب هو إثبات اليد على ملك الغير عدواناً سواء رفع المالك أو لم يرفع، فيضمن النصف وعليه الفتوى كما اختاره العلامة، في المختلف، والله أعلم.

ج ٣ ص ٢٣٦ قوله رحمه الله: «ولو استأجره في عمل، فاعتقله ولم يستعمله، فيه تردد، والأقرب أن الاجرة لا تستقر لمثل ما قلناه»، منشأ التردد من أن منافع الحر لا تضمن إلا بالتفويت، ومن وجوب الاجرة بنفس العقد على المنفعة.

حجة القائل بعدم استقرار الاجرة هو: إن منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعاً له، سواء كان قد أستأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله أم لا. وقال به في التحرير وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة والرياض وغيرها، على ما حكى عن بعضها لمثل ما قلناه من أن منافع الحر تضمن بالاستيفاء لا بالفوات، فمنفعته في المدة المزبورة غير مضمونة على الحابس وفي اللعة: والحر لا يضمن بالغضب عيناً ومنفعة، لأنه ليس مالاً، فلا يدخل تحت اليد، إشارة الى قوله صلى الله عليه وآله «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^١.

أقول: الاستيلاء على الحر بالحبس مثلاً لم يتحقق الغضب لا بالنسبة الى عينه ولا بالنسبة الى منفعته، سواء كان صغيراً أو كبيراً، وإن أثم بذلك فليس عليه ضمان، والله العالم بالصواب.

حجة القائل باستقرار الاجرة في ذمته - أي الحابس - هو أصالة بقاء العمل في الذمة، وهو وجوب الاجرة بنفس العقد على المنفعة التي كان مالکها سبباً في ضياعها باعتقاله، فيستقر في ذمته. كما لو قدرها بزمان حبسه حتى انقضى ذلك الزمان، فإنه لا إشكال في استقرار الاجرة، فليكن هنا كذلك. والفرق بين العمل المطلق وبين المقدّر بالزمان، فإن المطلق لا يختص بهذه المدة التي حبسه فيها وإن أمكن استيفاءه وإنما هو ثابت في الذمة، وزمانه أمر كلي غير مشخص بوقت،

١ - المستدرک الباب ١ ص ١٠ كتاب الغضب الحديث ٤، وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

فالأصل بقاءه في الذمة الى أن يستوفى. ومنافع تلك المدة غير داخلة تحت يد الغاصب، الى آخر ما ذكره صاحب المسالك رحمه الله.

ج ٣ ص ٢٣٦ قوله رحمه 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.

حجة 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 رد هذا القول بأن استحقاقه كذلك يؤدي الى اظهاره عند المرافعة، الى آخر ما هناك .

حجة القائل بالضمان بالقيمة هو أنه يمتنع في شرع الاسلام الحكم بثبوت الخمر في ذمة أحد وان كنا لا نتعرضهم إذا لم يتظاهروا بها، فامتنع الحكم بالمثل لذلك، فوجب الانتقال الى القيمة. كما لو تعذر المثل في المثلي، والأقوى ثبوت القيمة إذا ترفعوا اليها. ولا يلزم منه التظاهر بها، لأن المانع التظاهر بشربها والمعاملة عليها، لا مطلق البحث عنها بحيث يبطل حقها اللازم على حسب اقرارهم عليها. وانما امتنع الحكم عليهم بالمثل لما تقدم من منافاته لشرع الاسلام، كما ذكره صاحب المسالك، وفي الجواهر: ولعل هذا أقوى، خصوصاً مع ملاحظة اشتراط التسري في احترامها، فمتى حكم لهم ظاهراً زال احترامها، والله أعلم.

في أسباب آخر

ج ٣ ص ٣٣٧ قوله رحمه الله: «الثاني: لو غصب شاة، فمات ولدها جوعاً، ففي الضمان

تردد. وكذا لو حبس مالك الماشية عن حراستها، فاتفق 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 الاتلاف.

حجة 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 الحق به باجماع ونحوه، وما عداه فالأصل براءة الذمة من الضمان به. فالمتجه عدم الضمان حينئذ 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 الإلحاق، وعدم دلالة عرفية على وجه يندرج فيها»، فراجع تفصيل ما ذكره رحمه الله عليه.

حجة القائل بالضمان هو أنه سبب في الاتلاف، إذ لولاه لم يتحقق التلف. ثم إن قصد توقع العلة في التلف بغصب الشاة والدابة وحبس المالك عن حراسة الماشية حيث يكون التلف متوقفاً ثابتاً، ومعه فالضمان لازم، لضعف المباشرة.

وفي المسالك: حيث قال في المسائل الثلاث: «والحق أن منشأ التردد إنما يكون من الشك في السببية هنا، إذ لو سلمت لم يبق إشكال في الضمان، ومنشأ الشك فيها مبني على تعريف السبب، فعلى ما ذكره المصنف من تعريفه إذا مات الولد جوعاً بحيث لولا غصب الام لمات عادة فالسببية متحققة فيه... والأصح الضمان مع استناد التلف الى فعل الغاصب، بمعنى أنه لولا الغصب والحبس لما تلفت عادة وفي الايضاح «منشأ النظر في الأول من أنه مات بسببه، لصحة

اسناده اليه عرفاً، ولأنَّ السبب هو فعل ما يحصل اهلاك عنده لعلّة سواه» الى آخر ما ذكره في محله فتأمل.

أقول: الظاهر أنه ضامن لأنّه لا يلزم من عدم الغضب عدم الضمان، لعدم انحصار السبب الموجب للضمان بالغضب، والله سبحانه العالم.

ج ٣ ص ٢٣٨ قوله رحمه الله: «أما لو فتح رأس الظرف، فقلبتة الريح أو ذاب بالشمس، ففي الضمان تردّد، ولعلّ الأشبه أنه لا يضمن»، وجه التردّد من أنه لم يحصل بفعله التلف، ومن أنه لولا الفتح لما ضاع ما فيه.

حجّة 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 الجواهر. وهو الذي اختاره المصنف، لأنّ اهلاك لم يحصل بفعله، ولا فعله مما قصد به ذلك العارض، وإنما الريح كالمباشر فيبطل حكم السبب.

حجّة القائل بالضمان هو أن 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 مجمع البرهان: لا إشكال في الضمان إذا علم كون فعله سبباً فقط لا غير ولم يعلم استناده الى غيره بالكلية، وقال بالضمان الفخزي المحكي من شرح الارشاد وغاية المراد والدروس وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك كما ذكره في الجواهر.

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 تردّد»، وجه التردّد من أن أوّل وقت ضمان العين يوم الغضب، ومن أنّ الحالات

مضمونة بالقيمة العليا.

حجة القائل بضمان قيمة المغصوب إذا تلف عند الغاصب أول يوم الغصب، هو أنه أول وقت ضمان العين، ذهب إليه الشيخ في موضع من المبسوط، ونسبه المصنف إلى الأكثر. ووجهه أنه أول دخول العين في ضمان الغاصب، والضمان إنما هو القيمة فيقضى به حالة ابتدائه.

وضَعَفَ هذا القول بأنَّ الحكم بالضمان للعين حينئذٍ، بمعنى أنها لو تلفت وجب بدلها وهو القيمة لا وجوب قيمتها، فإنَّ 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 والعلامة في المختلف، ونسب هذا القول في الدروس إلى الأكثر، ووجه هذا القول من أنَّ العين مادامت موجودة لا حقَّ لما لكها في القيمة زادت أم نقصت، وقواه في المسالك، فراجع وتأمل.

حجة القائل بضمان أعلى القيم بين الغصب والتلف، وهو مذهب الشيخ في موضع آخر من المبسوط وفي الخلاف والنهاية، واختاره ابن ادريس واستحسنه المصنف، لأنه مضمون على الغاصب في جميع الحالات التي من جملتها حالة أعلى القيم، ولو تلف فيها لزم ضمانه. فكذا بعده، ولأنَّه يناسب التغليب على الغاصب.

وضَعَفَ هذا القول بما تقدم، من أنَّ الزيادة للسوق ما دامت العين باقية. غير مضمونة، ولا يلزم من ضمانها لو تلفت في تلك الحالة ضمانها مع عدم تلفها، لأنَّ ضمان القيمة على تقدير تلفها حينئذٍ ما جاء من قبل الزيادة، بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمة لفوات العين، وهو منتف على تقدير عدم تلفها في تلك الحالة العليا. ومؤاخذه الغاصب بالأشق لا يجوز بغير دليل يقتضيه، إلى آخر ما ذكره صاحب المسالك.

و الذين يرجح هذا القول - أعني أعلى القيم - صحيحة أبي ولاد، عن أبي

عبدالله عليه السّلام في اكتراء البغل ومخالفة الشرط، ما يدل على هذا القول، ويمكن أن يستفاد منه اعتبار الأكثر منه أي من يوم الغضب الى يوم التلّف.

نصّ الصحيحة عن أبي ولّاد «قال: اكرتيت بغلاً الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قريب قنطرة الكوفة خبّرت أنّ صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبّرت أنه توجه الى بغداد فاتبعته فظفرت به، ورجعت الى الكوفة، الى أن قال: فأخبرت أبا عبدالله عليه السّلام فقال عليه السّلام: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة الى النيل، ومثل كراء البغل من النيل الى بغداد، ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة، وتوفيه اياه. قال: قلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم في عليه علفه؟ قال: لا لأنك غاصب. فقلت: رأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ قال عليه السّلام: نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت: فاذا أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال عليه السّلام: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده...»^١ الى آخر الحديث، أخذنا موضع الحاجة منه. وقوّاه في اللمعة عملاً بالخبر المزبور وهو صحيح أبي ولّاد.

ج ٣ ص ٢٤١ قوله رحمه الله: «ولو جنى الغاصب عليه، بما دون النفس، فإن كان تمثيلاً، قال الشيخ: عُتِقَ وعليه قيمته، وفيه تردّد»، وجه التردّد من ورود الدليل على الحرية، ومن الاقتصار على الأصل وهو عدم الانعتاق.

حجّة القائل بانعتاق العبد إذا مثل به الغاصب، هو قول الصادق عليه السّلام في مرسل ابن محبوب «قال: كل عبد مثل به فهو حر وغرم قيمته للمالك»^٢، الذي لا ينافيه ذكر المولى في غيره من الروايات لرواية أبي بصير،

١- الوسائل الباب ٧ من ابواب الغصب الحديث ١.

٢- الوسائل الباب ٢٢ من كتاب العتق الحديث ١.

عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه، أنه لا سبيل عليه سائبة»^١، لعدم التنافي بين الحكم بعقته على المولى المنكل فيه، وعقته على كل من نكل.

وقد خالف ابن ادريس في العتق بتنكيل المولى فضلاً عن غيره، والمصنف تردّد أيضاً في عتقه بالتنكيل مطلقاً لذلك، ومنه منشأ تردده هنا... الى آخر ما ذكره في المسالك، مؤكداً بأن الحكمة في الانعتاق بتنكيل المولى جبر وهن المنكل لمافاته من التكسب، وقال به الشيخ الطوسي كما في المتن.

حجة القائل بعدم انعتاق العبد اذا مثل به الغاصب، هو الاقتصار في الحكم على تنكيل المولى، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده وهو المولى، ولأن عتقه مؤاخذه له على سوء فعله. والمخالف للأصل هو الانعتاق بلا عتق، ولعموم قوله صلى الله عليه وآله «لا عتق قبل ملك، أو إلا في ملك». ولأصالة بقاء الرقية في موضع الشك، وهذا هو المعتمد. كما ذكره صاحب المسالك، وقال صاحب الجواهر: إن المتجه الاقتصار على تنكيل المولى الذي هو المنساق نصاً وفتوى، كما هو واضح لمن تأمل.

ج ٣ ص ٢٤١ قوله رحمه الله: «أما لو استغرقت دينه قيمته، قال الشيخ: كان المالك مخيراً، بين تسليمه وأخذ القيمة وبين امساكه ولا شيء له، تسوية بين الغاصب في الجنابة وغيره، وفيه تردّد»، ينشأ التردّد من الجمع بين العوض والمعوض، ومن أن المدفوع عوض عن الفائت.

حجة القائل بدفع القيمة للمولى ويأخذ الناصب العبد هو أن المقتضي لدفعه الى الجاني إذا أحدث فيه قيمة التحرز من الجمع للمالك بين العوض والمعوض، وهذا المعنى موجود في الغاصب، فيستويان في هذا الحكم لاشتراكهما

١ - الوسائل الباب ٢٢ من كتاب العتق الحديث ٢.

في المقتضي .

ولرواية أبي مریم، عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته، أنه يؤدي الى مولاه قيمة العبد ويأخذ العبد»^١، وهي شاملة بإطلاقها للغاصب، واختاره الشيخ الطوسي في المبسوط.

حجة القائل بدفع الغاصب القيمة مع العبد للمولى هو أن النصوص الواردة مختصة بغير الغاصب الذي فيه ضمان اليد، بل جزم الحلي والفاضل وولده والشهيدان والكركي بوجود دفع الغاصب إياه مع القيمة وإن كانت الجنابة من غيره، وذلك لأن العبد مضمون، وكل عضو منه كذلك، فكل عضوفات منه يلزمه قيمته مع أصالة بقاء العبد على ملكه.

ومن هنا ربما اجتمع للمالك عدة قيم، كما لو قطع 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 والمعوض، لأن العوض قيمة العضو، والمعوض ذلك العضو الفائت لا العبد، ولذا لو قطع إحدى يديه ودفع عليه نصف القيمة لم يجب عليه تسليم نصف العبد.

كل ذلك مضافاً الى الضرر على تقديري الدفع وعدمه، خصوصاً اذا كان العبد كسوباً لا يمنع قطع أنفه مثلاً، وحمل الغاصب على الأجنبي قياس. وفي المطلب مزدي 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 منضمماً الى صاحبه، وفي ضمان ما نقص عن قيمة الآخر تردّد»، منشأ التردد من أنه لم يدخل تحت

١- الوسائل الباب ٣٤ من ابواب ديات الاعضاء الحديث ١ من كتاب الديات.

يده كي يكون مضموناً عليه، ومن عدم انحصار الضمان في الغصب.
 حجة القائل بعدم الضمان الى نقص الفرد الآخر، هو عدم غصبه والأصل
 البراءة من ضمان النقصان، فيلزم بضمن الفرد المصوب فقط.
 و في الجواهر: «إلا أنه قد عرفت تحقيق الحال عندنا في مثل الضمان بذلك،
 ونحوه مما لم يتضح لنا اندراجه في الاستفادة من نصوص الضمان به، والأصل
 البراءة». وفي المطلب مزيد تفصيل تجده في محله من كتب الفقه المطولة، والله
 سبحانه العالم.

حجة القائل بضمن الفرد المصوب ونقص الثاني هو أن الفرد المصوب
 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، وقواه
 في محكي الإيضاح وجامع المقاصد، وفي المسالك هو الأصح.

و في شرح اللمعة: «و لو غصب ما ينقصه التفريق مثل الخفين 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 بفوات صفة الاجتماع في
 يده» هذا خلاصة ما أردنا بيانه في هذا المختصر، وفيه أوجه في محالها، فراجع
 وتأمل.

أقول: القول بضمن سبعة لا يخلو من رجحان 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
 الأولى، وفي الفرق تردد» وجه التردد من أنه مضمون، ومن أن الذاهب رطوبة لا

قيمة لها.

حجة القائل بضمان النقصان في كلا الحالين هو أنه مضمون كالزيت واستظهره صاحب المسالك، واستضعف القول الآخر القائل بعدم الضمان من كونها رطوبة مائية لاقيمة لها وإن آلت إلى الذهاب في الاستقبال فإنه لا يمنع من تقويمها في الحال. وقال في الجواهر: «فيه منع، ولذا كان أكثر المتأخرين أو جميعهم على خلافه، وذلك لأنّ الواقع نقص محسوس في العين فيجب بدله مع منع كون الذاهب أجزاء مائية خاصة بخلاف الزيت وإن تفاوتت بالعلّة والكثرة».

حجة القائل بعدم الضمان فيما إذا نقص وزن العصير بالغليان، هو قول الشيخ الطوسي في محكي المبسوط، بل الخلاف، لأنها نقيصة الرطوبة التي لا قيمة لها إذ النار تعقد أجزاء العصير، وهذا يزيد حلاوته، بخلاف الذاهب من الزيت فإنه مالية وزيت متقوم، فيعزم.

أقول: الفرق بين المقامين مشكل يحتاج إلى تتبع وتأمل، فراجع والله العالم بالصواب.

ج ٣ ص ٢٤٧ قوله رحمه الله: «ولو مات ولدها في يد الغاصب، ضمنه. ولو وضعته ميتاً، قيل: لا يضمن، لأننا نعلم حياته قبل ذلك، وفيه تردد»، وجه التردد من عدم العلم بحياته، ومن أنّ يد الغاصب يد ضمان.

حجة القائل بعدم الضمان هو أنه لا نعلم كونه حياً قبل ذلك، ووجوب شيء فرع ثبوت الحياة، لأنه إنما يقوم بعد سقوطه حياً، وقال الشيخ في محكي المبسوط وتبعه التحرير والدروس ما لفظه: «لو أحبلها الغاصب جاهلاً بالتحريم ثم ولدته ميتاً، لم يضمن الغاصب قيمة الولد لأنه لا يعلم كونه حياً قبل هذا، ولأنه ما حال بينه وبين سيده في وقت التصرف، ولو ضربها أجنبي فألقت الجنين ميتاً، فعلى الضارب الضمان، لأنّ الالتقاء عقيب ضرب بطنها مسقط للولد غالباً، بخلاف ما إذا سقط لنفسه، لأنّ الأصل الموت حتى يعلم غيره»، هذا كلامه

رفع مقامه ذكره صاحب الجواهر.

حجّة القائل بضمانه ولو سقط ميتاً هو أنّ عدم العلم بجيانه ثابت على التقديرين، فإن 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 وباقي دية جنين الحرة للامام، 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 بالضممان لا يخلو من شبهة.

كتاب الشفعة

فيما تثبت فيه الشفعة

ج ٣ ص ٢٥٣ قوله رحمه الله: «وفي ثبوتها في النهر والطريق والحمام وما نضر قسمته تردّد، أشبه أنها لا تثبت»، ينشأ التردّد 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 أموالهم»، وأيضاً دليل لا ضرر، مضافاً الى بعض النصوص المشتملة على نفيها في النهر والطريق والرحى والحمام منها:

رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام «قال: قال رسول الله صلّى 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.

و ذهب اليه المشهور قال في مفتاح الكرامة: إشتراط قبول القسمة خيرة النهاية والخلاف والمبسوط والمراسم والمهذب والوسيلة والشرايع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح وغاية المراد والمقتصر والشيخ وجامع المقاصد والروضة، وهو الظاهر من كشف الرموز وشرح الارشاد لولد المصنّف والمهذب البارع، ونفى عنه البعد في مجمع البرهان، وهو المحكي عن علي بن بابويه وعليه المتأخرون، كما في الدروس،

وعليه الفتوى كما في التنقيح، ومذهب اكثر علمائنا كما في التذكرة والمشهور كما في مجمع البرهان، وخصوصاً بين المتأخرين كما في المسالك واكثر المتأخرين كما في جامع المقاصد.

و كيف كان فالمسألة لا تخلو من اشكال، والقدر المتيقن هو جواز الشفعة في ما وقع عليه الاتفاق مما قدمنا وما عداه محل توقف، والله أعلم.

حجة القائل بثبوت الشفعة مطلقاً قبل القسمة أو لم يقبل، هو العمومات أو الاطلاقات الدالة على ثبوتها مطلقاً من غير تخصيص، هذا وإن المقتضي لثبوت الشفعة وهو إزالة الضرر عن الشريك قائم في غير المقسوم، بل هو أقوى، لأن المقسوم يمكن التخلص من ضرر الشريك بالقسمة. بخلاف غيره من الروايات ما عن ابن حمزة الغنوي عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن الشفعة في الدور أشياء واجب للشريك، ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»^١.

وما عن يونس عن بعض رجاله عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث «قال: الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع»^٢ الحديث. الى غير هذا من العمومات.

وقال به السيد المرتضى وأبي المكارم وابن ادريس وأبي علي والقاضي، وحكاه في الايضاح عن المفيد، ونسبه في المفاتيح الى السيد والحلي واكثر المتقدمين، واختاره وكأنه قال به أو مال اليه في المسالك، وفي الدروس: إن القولين مشهوران ولا ترجيح فيه ولا في الكفاية، وفي الحدائق: إن هذا الشرط - أي شرط القسمة - ذكره جملة من المتأخرين كالعلامة في الارشاد.

١ - الوسائل الباب ٢ من ابواب الشفعة الحديث ١.

٢ - الوسائل الباب ٥ من ابواب الشفعة الحديث ٣.

أقول: هذا المقول أقرب الى 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 الدولار والناعورة في الشفعة اذا بيع مع الأرض تردّد»، وجه التردّد من أنها منقولان في أنفسهما، ومن عدم جريان العادة بنقلهما.

حجّة القائل بدخول الدولار و الناعورة في الشفعة تبعاً، هو تناول إسم الدار والحمام والبستان لها اذا كان من جملة المرافق، لتناولها للأبواب المثبتة عادة مع قبولها للنقل في نفسها. وقوى هذا صاحب المسالك، وفي الجواهر: الأصح ثبوتها - أي الشفعة - كما حكى عن التحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد وغيرها. ومقتضى القاعدة أن دخول الشفعة مع البيع منضمماً وعدم الدخول مع البيع منفرداً.

حجّة القائل بعدم دخولها في الشفعة هو أنها منقولان في أنفسهما، بناءً على عدم الثبوت فيما ينقل، كما في مجمع البرهان، يمكن عدم الدخول لأنها منقولة حقيقة، وفي التذكرة: الأقرب عدم الدخول، كما أنها لو بيعا 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 تركب عليها الدولار في الشفعة لنفس العله التي ذكرناها، وهي الدخول في المنقولات، والله أعلم بالصواب.

فروع في الشفعة مع كثرة الشفعاء

ج ٣ ص ٢٥٧ قوله رحمه الله: «الخامس: لو قال الحاضر لا آخذ حتى يحضر الغائب، لم يبطل شفيعته لأن التأخير لغرض لا يتضمن الترك، وفيه تردّد» وجه التردّد من أن الأخذ بالشفعة فوري، ومن أن التأخير لعذر لا يمنع.

حجّة القائل ببطلان شفيعته هو أنه مقصر في كون مثل ذلك عذراً، فإن

ضرره لا يدفع بضرر المشتري، والشفعة مبنية على القهر فينبغي أن يقتصر فيها على موضع اليقين، وحكي الاجماع على الفورية التي ينافيها التراخي لتمكّنه من الأخذ ولا أقل من الشك في كون ذلك عذراً، كما في الجواهر.

حجّة القائل ببقاء شفعبته هو أنه يجب الى ذلك لظهور عذره بتزلزل 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 شفعبته على اشكال، وقال في مفتاح الكرامة: إنّ عدم بطلان الشفعة هو الذي قواه في المبسوط والمسالك وقربه في التذكرة، وفي الدروس: إنّ فيه قوة، ثم بيّن وجه الاشكال وهو التمكن بالأخذ.

أقول: بعد ثبوت الشفعة فهل الفورية شرط فيها؟ الأصل عدم اعتبارها، لأنها قيد زائد، فاذا انتفى القيد بالقول بالبقاء لا يخلو من رجحان والله العالم.

في أخذ الشفعة

ج ٣ ص ٢٦٢ قوله رحمه الله: «وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردّد»، منشأ التردّد من أنّ 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 الى وقته إجماعاً، وفي المختلف والايضاح وجامع المقاصد ومحكي التذكرة وظاهر التحرير لا يجوز له التأخير، وفي المسالك: لا يخلو من قوة لأنّ الشفعة على الفور.

حجّة القائل بجواز تأخير الشفعة هو أنه لا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به من غير مقابل، بل يجوز له حينئذٍ تأخير الأخذ بالشفعة، لأنّ تعجيله ملزوم لتعجيل الثمن.

و في الجواهر: إنّ 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 تنطبق إلا على إرادة سقوطها مع إهمالها رغبة عنها لا مع الغرض المعتد به عنه العقلاء. تمّ كلامه رفع مقامه وهو مختاره.

ج ٣ ص ٢٦٣ قوله رحمه الله: «ولو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم يسقط، وكأن لم يعف أن يأخذ الجميع، وفيه تردّد ضعيف»، وجه التردّد من احتمال سقوط أصل الشفعة، ومن أنها لا تسقط لبقاء الوارث.

حجّة القائل بسقوط أصل الشفعة بعفو البعض كما لو أسقطها المورث، لأنّ الوارث يقوم مقام مورثه فعفوه عن نصيبه كعفو المورث عن البعض فيسقط الباقي، وهذا هو الوجه الضعيف، بل لم يذكره كثير، ووجه ضعفه ظاهر لأنها شفعة واحدة اشترك بها الوراث.

حجّة القائل بعدم سقوط الشفعة بعفو البعض هو أنّ الحق للجميع فلا يسقط حق واحد بترك غيره ولم يجز تبعض الصفقة على المشتري، فالمستحق للشفعة يأخذ الجميع أو يترك، وإنّ الشفعة حق واحد، فليست إلا شفعة واحدة وإن تكثرت المستحق لها من الوراث على وجه توزع عليهم على قدر النصيب لو أخذوا بها.

وبهذا يظهر الفرق بين المقام وبين العفو من أحد الشركاء في البيع وغيره مثلاً، بناءً على ثبوتها مع الكثرة، لأنها باعتبار تعدد مستحقيها أصالة كانت بمنزلة تعدد الشفعات، كما يذكر ذلك في محل من كتب الفقه المطولة فراجع وتأمل.

ج ٣ ص ٢٦٤ قوله رحمه الله: «وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما، وفيه تردّد، لما فيه من إماره الرضا بالبيع»، وجه التردّد 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 البايع أو الثمن عن المشتري أو للبايع على تقدير ظهوره مستحقاً للغير. قيل ببطلان الشفعة، لأنه يدل على الرضا بالبيع، ورجحه في المختلف وهو محكي المبسوط أيضاً.

حجة القائل بعدم سقوط الشفعة هو عموم النص، ولأن الشفعة مترتبة على لزوم البيع من حيث أنها معلولة للبيع فيتوقف لزومها على لزوم البيع، ومن حيث وقوع البيع ومجرده موجب للشفعة، وفي موضع من جامع المقاصد: للوكيل في الشراء والبيع أن يأخذ بالشفعة قولاً واحداً، وإن 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 -، فإن 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 الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد هل يرجع الشفيع بالتفاوت؟ فيه تردّد»، ينشأ التردّد من أنه الثمن الذي اقتضاه العقد، ومن أنه الثمن الذي استقرّ على المشتري.

حجة القائل برجوع الشفيع بالتفاوت هو أن الثمن الذي استقرّ على المشتري قيمة الشقص والشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقرّ نحو ما تقدم في الأرش. وحكي عن الشيخ الرجوع بالتفاوت والرجوع عند زيادة قيمة الشقص على قيمة العبد، والذي يظهر من عبارته التردّد لا القول بالرجوع فيها، كما ذكر في الجواهر ج ٣٧/ص ٤١٦.

حجة القائل بعدم الرجوع هو إنما يرجع الشفيع بالثمن الذي اقتضاه العقد حين الأخذ بالشفعة، وليست القيمة التي أخذها البايع من الثمن في شيء، والزيادة استحقتها البايع على المشتري بسبب الفسخ حال انتقال العين من ملكه

بالسبب المذكور، فلا حق للشفيع فيه، وهو الأشبه بالقواعد، وقال به الفاضل والكركي والشهيد الثاني كما في الجواهر ج ٣٧/ص ٤١٦، كما لا حق للمشتري على الشفيع لوزادت قيمة الشقص التي دفعها للبايع على قيمة العبد والله أعلم.

ج ٣ ص ٢٦٥ قوله رحمه الله: «ولونزل عن الشفعة قبل البيع، لم تبطل مع البيع، لأنه اسقاط ما لم يثبت، وفيه تردد»، وجه التردد من أن السقوط حقه فاسقطه، ومن أنه ليس بحقه فلا تسقط.

حجة القائل بالسقوط هو أن الحق له فاذا أسقطه سقط، كما لو أسقطه بعد البيع، وأنه دال على الرضا بالبيع، بل أبلغ من الاسقاط كما في المسالك، وهو مبطل للشفعة. وظاهر كلمات بعضهم السقوط كما عن غاية المراد ومجمع البرهان، بل قد يلوح الميل الى السقوط من الدروس كما أشار اليه في الجواهر، وفي النهاية: إن عرض البايع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرد فباعه من غير ذلك الثمن أو أزيد عليه، يكن لصاحب الشفعة المطالبة، وإن باع بأقل كان له المطالبة، وفيها أيضاً: اذا علم الشريك بالبيع ولم يطالب بالشفعة، أو شهد على البيع، أو بارك للبايع فيما باع أو للمشتري فيما ابتاع لم يكن له المطالبة بعد ذلك بالشفعة. وكذلك في المقنعة ما يشبه المقام، الى غير ذلك ما في الكتب المطولة، فراجع وتأمل والله أعلم.

حجة القائل بعدم السقوط وهو مما انفردت به الامامية أن حق الشفيع لا يسقط إلا أن يصرح باسقاط حقه، بل قيل: إن ظاهر الانتصار الاجماع على ذلك، بل في النبوي المروي في التذكرة عن جابر عن النبي صلى الله عليه وآله «الشفعة في كل مشترك في أرض أو ربيع 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 صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «لا يَحِلُّ أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهٖ فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يَأْذِنْ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»^١. وكذلك التردد المذكور لو شهد على البيع أو بارك للمشتري، لأنه ليس بأبلغ من الإسقاط، وغير ذلك مما ذكر في محله، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ٢٦٦ قوله رحمه الله: «وكذا لو تلف الثمن المتعين قبل قبضه لتحقق البطلان على تردد في هذا»، منشأ التردد من تبعية الشفعة للبيع وقد بطل، ومن ثبوت حق الشفعة بالبيع فلا يقدر طرو الفسخ.

حجة القائل ببطلان الشفعة هو بطلان البيع وهي تابعة له، وقال به الشيخ والفاضل في محكي المبسوط والتذكرة، ومال إليه 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.

حجة القائل بعدم البطلان هو ما تقدم في الاقاله والرد بالعيب، من أن حق الشفعة أو الشفيع ثابت بالبيع فلا يقدر فيه طرو الفسخ، سواء كان سابقاً أو لاحقاً، بعد أن كان من حينه لا من أصله، ولأجل هذا جزم ثاني الشهيدين ببقاء الشفعة، كالمحكي عن الفاضل والمختلف وولده والشهيد، وفي المسألة أقوال أخر، فراجع.

أقول: القول بالبطلان لا يخلو من قوة، لأن الشفعة تابعة للبيع وقد بطل ففتبعه، والله سبحانه أعلم.

ج ٣ ص ٢٦٧ قوله رحمه الله: «إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي، فأنكر الأجنبي، قضى بالشفعة للشريك بظاهر الافرار، وفيه تردد»، وجه التردد من توقف الشفعة على ثبوت البيع، ومن منع توقفها على هذه الصورة لاعتراف المالك بثبوت الشفعة.

حجة 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، فيحكم عليه لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جازي»، ومحصل اقراره أن ما بيده مستحق للآخر بالشفعة للمقر له، فلا مانع من نفوذه، فراجع وتأمل.

حجة القائل بعدم ثبوت الشفعة هو أن الذي تقتضيه اصول أصحابنا ومذاهبهم أن الشفعة لا تستحق إلا بعد ثبوت البيع، كما عن الحلّي، ويستحقها ويأخذها من المشتري دون البايع، والبيع ما صحّ ولا وقع ظاهراً، ولا يحل لحاكم أن يحكم بأن البيع حصل وانعقد، فكيف يستحق الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم؟ وكيف يأخذها من البايع؟! ثم قال: وأيضاً الأصل أن لا شفعة، فن أثبتنا إحتاج الى دليل قاطع، واستجود في الجواهر كلام الحلّي تأمل كلامه رفع مقامه.

كتاب إحياء الموات

في حریم النهر

ج ٣ ص ٢٧٣ قوله رحمه الله: «ولو كان النهر في ملك الغير، فادعى الحریم قضي به له مع يمينه، لأنه يدعي ما يشهد به الظاهر، وفيه تردّد»، منشأ التردّد مما ذكر من شهادة الظاهر لصاحب النهر بالحریم. ومن أن يد الغير على ملكه الذي من جملة موضع الحریم. حجة القائل بالقضاء له به هو أن الظاهر معه لأن الحریم لا ينفك عن النهر غالباً فيحتمل تقديم صاحب النهر لشهادة الظاهر فيحلف على إثباته. حجة القائل بعدم القضاء به له هو أن يد الغير على ملكه الذي من جملة الملك موضع الحریم، وهو مانع من إثباته، ومن أجل ذلك لم يثبت الحریم للأملاك المجاورة، ويحتمل تحليف صاحب الملك لأنه الداخلة في تساويهما في الدعوى، فيتحالفان ويقضى بالاشتراك، ويمكن أن يقال بتقديم صاحب الأرض على غيره، كما قواه في المسالك، ولا يد لصاحب النهر إلا على النهر، وإنما اليد لصاحب الأرض، وهما أقوى من اقتضاء النهر الحریم وقواه في الجواهر أيضاً فراجع وتأمل لأنه لا يخلو من دقة.

عدم سقوط الأولوية في سكنى الدار بالمفارقة لعذر

ج ٣ ص ٢٧٧ قوله رحمه الله: «ولو فارق لعذر قيل: هو أولى عند العود، وفيه تردّد، ولعل الأقرب سقوط الأولوية» وجه التردّد من أنه سابق إليه، ومن أن الأصل عدم الأولوية.

حجة القائل بالأولوية هو أن المفارق للمسكن - الذي سكنه لعذر كزيارة

وغيرها - ناوياً العود هو أولى به، وإن لم يكن له به رحل لصدق كونه سابقاً، وأن ماسبق اليه في يده وفي قبضته. وفي التذكرة: لو فارق لعذر أياماً قليلة، فهو أحق به إذا عاد، لأنه أَلْفَه. واستحسنه في المسالك، وقواه في الروضة، بل قد يظهر من اللمعة: عدم بطلان حقه مطلقاً، أي طالبت المدة أو قصرت. وفي التحريم: لا إشكال في بقاء حقه حيث فارق لعذر. ونحوه عن الكفاية، وفي المسألة أقوال أخر فراجع.

حجّة القائل بعدم الأولوية و سقوط حقه هو أنّ الأصل عدم الأولوية في مثل المقام، واستقرب المحقق سقوط حقه، بل في القواعد والإرشاد الجزم بذلك، بل في الروضة نسبته الى الأكثر، وفي جامع المقاصد: والظاهر أنّ مفارقتة من غير أن يبق رحله مسقط لأولويته، ولو قصر الزمان جداً. واستوجه صاحب الجواهر عدم ثبوت حق للسابق، وعلى أيّ حال ليس في المقام أدلة شرعية يتضح منها الحال. أقول: الحق أنّ المسألة غير منقّحة وعدم الأولوية أولى وأقوى والله سبحانه العالم.

هل يجوز للسلطان إقطاع المعادن

ج ٣ ص ٢٧٨ قوله رحمه الله: «وفي جواز إقطاع السلطان المعادن والمياه تردّد»، ينشأ التردّد من عموم ولايته، ومن أنّ الناس فيها شرع. حجّة القائل بالجواز هو عموم ولاية السلطان، وهي ولاية الفقيه المستفادة من قوله تعالى «أولى بالمؤمنين من أنفسهم»^١ وفي الجواهر استدلال لصحة الإقطاع بكونه من الأنفال بضميمة أنّ الناس مسلّطون على أموالهم كما في الحديث المروي في البحار «ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة».

و في خبر اسحاق «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: هي التي قد خربت- الى أن قال- والمعادن منها»^١ وفي المرسل «عن الصادق عليه السلام أنه سئل 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 الحنّاط عن أبي بصير «عن الباقر عليه السلام قلت له: وما الأنفال؟ قال: منها المعادن... الحديث»^٣.

و على هذا فإذا كان المعادن للإمام وهو مسلّط على ماله كان له إقطاعه، بالإضافة الى ما ورد في نصوص الأنفال إن ما كان لله 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 لما 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 أحبب أرضاً وشارك سابقين له في ماء أرضهم

ج ٣ ص ٢٨٠ قوله رحمه الله: «لواحبي انسان أرضاً مئة على مثل هذا الوادي، لم يشارك السابقين، وقسّم له مما يفضل عن كفايتهم، وفيه تردّد» وجه التردّد من عدم المشاركة

١ و٢ و٣ - الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال من كتاب الخمس الحديث ٢٠ و٣٢ و٢٨ والجواهر ج ٣٨

للسابقين، ومن إباحة النهر في الأصل.

حجة القائل بعدم المشاركة للسابقين لأنهم سابقون اليه فيشملهم من سبق، فلا يصح إحياء المتأخر مع ضيق الماء للإحياء إلا بإذن السابقين، لأنه يكون وسيلة الى منع حقهم من النهر على طول الأزمنة، لا سيما إذا كان المحيي أقرب الى فوهة النهر، والسابقون أولى منه بإحياء أرضهم الذي به استحقوا مرافقها، ومن أعظم المرافق الماء فلا يستحق اللاحق إلا بعد استيفاء السابقين إذا لم يفضل عن كفاءتهم شيء ولا شيء لهذا المحيي. وقال به الشيخ والفاضل والكركي وغيرهم ممن عرض للمسألة.

حجة القائل بمشاركتهم هو أن هذا المحيي يشارك السابقين بمعنى استحقاق نوبة بعد نوبتهم، كالذي قبله وإن احتاج السابق قبل أخذه النوبة، وعلل بأن النهر مباح بالأصل وإنما استحقه من سبق بسبب الإحياء، وقد شاركهم المتأخر بنفس السبب، وهو الإحياء كما يشارك من قبله السابق عليه. وفي المسالك: هذا إنما يتوجه القول بالمشاركة إذا قلنا بأن الأعلى يجب عليه الإرسال لمن بعده بعد سقيه وإن احتاج اليه مرة أخرى وهو وجه في المسألة، وأما جهة وجوب الإرسال لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم في خبر عبادة بن الصامت «ويرسل الماء الى الأسفل حتى تنتهي الأراضى»^٢ وقوله صلى الله عليه وآله في رواية الصادق عليه السلام «ثم يرسل الماء الى الأسفل»^٣ الى غير هذا من الأحاديث، والحاصل إنه ينسك في صدق من سبق على السابق أم لا فالأصل 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 إحياء الموات الحديث ١.

كتاب اللقطة

في جواز التقاط الطفل المميز

ج ٣ ص ٢٨٣ قوله رحمه الله: «وفي الطفل المميز تردّد، أشبهه جواز التقاطه لصغره وعجزه عن دفع ضرورته» منشأ التردّد من أنه مستقل في الامتناع، ومن حاجته الى 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 لأنه كان مميّزاً. وقال بالجواز: الفاضل والشهيدان والكركي، وظاهر محكي الوسيلة والغنية وظهور فحوى النصوص في جواز الإلتقاط بل في التذكرة المفروعية من وجوبه كفاية، وإنما الكلام في مشروعية أصل الإلتقاط كما في بعض النصوص.

و من النصوص قول الصادق عليه السلام في خبر زرارة «اللقيط لا يشتري ولا يباع»^٢ وقال عليه السلام في خبر اسماعيل المدائني «المنبوذ حرّ فإن أحب أن يوالي غير الذي رباه والاه فإن طلب منه الذي رباه النفقة وكان مؤسراً ردّ عليه وإن كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة»^٣ وعنه في خبر عبدالرحمن عن أبيه «عن الباقر عليه السلام: المنبوذ حرّ»^٤ الى غير ذلك من النصوص الدالّة بفحواها على جواز التقاط غير الكبير والله أعلم.

١ - سورة يوسف آية ١٠.

٢ و٣ و٤ - الوسائل الباب ٢٢ من كتاب اللقطة الحديث ١ و٢ و٣.

حجة القائل بعدم جواز التقاط المميز هو أنه مستقل بالإمتناع خصوصاً إذا كان مراهقاً، فلا يتولى أمره إلا الحاكم، بل لعل منه يظهر النظر في استثناء الكركي وثاني الشهيدين المراهق منه تبعاً للمحكي عن المبسوط، بل مال اليه في الدروس لأنه مستغن عن التعهد والتربية فكان كالبالغ في حفظ نفسه.

هل يجب على المسلمين الانفاق على اللقيط

ج. ٣ ص ٢٨٤ قوله رحمه الله: «وبذل النفقة عليهم واجب على الكفاية، لأنه دفع ضرورة مع التمكن وفيه تردد» وجه التردد من دفع الضرر، ومن أصالة عدم الوجوب. حجة القائل بالوجوب كفاية على المسلمين هو دفع الضرورة مع التمكن، وإنما جاز للاستعانة بهم مع كون الملتقط كأحدهم لرجاء أن يوجد فيهم متبرع، إذ لا يجب على الملتقط التبرع فإن أنفق المتبرع وإلا كان الملتقط وغيره سواء في الوجوب، لأنه من باب إعانة المضطر الواجبة كفاية في جميع الأبواب. وفي المسالك هو المشهور يعني الوجوب كفاية.

حجة القائل بعدم الوجوب هو الأصل عدم الوجوب لإمكان تأديه بالإقتراض عليه والرجوع به مع قدرته - أي اللقيط - ولعله لذلك عبر في المقنة وأنها بلفظ ينبغي مشعراً بالندب.

هل ما يوجد بين يدي اللقيط ملك له

قال في المقنة: إذا التقط المسلم لقيطاً فهو حر غير مملوك، وينبغي له أن يرفع خبره إلى سلطان الإسلام، ليطلق النفقة عليه من بيت المال، فإن لم يوجد سلطان ينفق عليه إستعان واجده بالمسلمين 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 أنفق عليه، إلى آخره.

و بعين هذه العبارة عبّر في النهاية وفي الوسيلة أيضاً: اذا التقط حراً صغيراً رفع خبره الى الحاكم الشرعي لينفق عليه فإن لم يجد أنفق هو عليه إن لم يعنه أحد فاذا بلغ وأيسر رجوع 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: «وفما يوجد بين يديه أو الى جانبه تردّد أشبه أنه لا يقضى له» ينشأ التردّد من خروجه عن يده لبعده عنه، ومن منع الخروج بذلك.

حجّة القائل بالقضاء له هو أنّ يده عليه كما في محكي المسوط ما لفظه: و أما ما كان قريباً منه مثل أن يكون بين يديه صرة فهل يحكم بأن يده عليها أم لا؟ قيل: فيه وجهان، ثانيهما: أن تكون يده عليه، لأنّ العادة جرت بأن ما بين يديه يكون له، مثل الإناء بين يدي الصراف والميزان وغيرهما - كأن الشيخ - رحمه الله - أشار بذلك الى مساواة يد الصغير ليد الكبير التي صرح بها في أول كلامه كالمصنّف - ولا ريب في الحكم بأنّ الأمتعة الموضوعة في السوق قرب الشخص البالغ فكذا هنا، خصوصاً مع انضمام قرينة اخرى الى ذلك، كما لو وجدت رقعة معه أو في ثيابه فيها إنّ ذلك له، بل عن الفاضل في التذكرة أنّه استقرّ به الحكم بأنّه له معها - أي مع القرينة - لأنّها في الدلالة على ذلك أقوى والله العالم.

حجّة القائل بعدم القضاء له هو خروجه عن يده، لهذا قال المحقق: أشبهه أنه لا يقضى له. وتبعه الفاضل والكركي والشهيدان، وفي المسالك: الأقوى عدم الحكم به له بذلك، إلا مع القرينة القوية الموجبة للظن القوي. وقال الكركي حيث قال في شرح قول الفاضل في القواعد: ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه أو ما بين يديه أو على دكّة هو عليها ولا بالكنز تحته، وإن كان معه رقعة إنه له على إشكال، الى آخر كلامه، وقال الشهيد في الدروس: لا يقضى بما قاربه مما لا يد له عليه، ولا هو بحكم 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 الامور الظنية والله العالم
بالصواب.

في قاعدة التغليب

ج ٣ ص ٢٨٨ قوله رحمه الله: «قال الشيخ: يرجح المسلم على الكافر والحر على العبد وفيه
تردد» وجه التردد من ترجيح دعوى المسلم، ومن عدم الترجيح لعموم الأخبار.
حجة القائل بالترجیح هو قاعدة التغليب فيها - أي في المسلم والحر - وقال به
الشيخ الطوسي وتبعه الفخر والشهيدان، وعن الأردبيلي: الميل الى ترجيح المسلم
والحر مطلقاً. وعن أبي علي: ترجيح الحرّ فان قامت بيّنة أنّه ولد لعبد ألحقناه به
نسبه، وأقرناه على الحرية إلا أنّ تقوم البيّنة أنّه ولد من أمة.

حجة القائل بعدم الترجيح هو عموم الأخبار^١ في «من تداعوا نسباً بناءً على
أنها من سنخ واحد» وعن الخلاف والتذكرة: الجزم بعدم الترجيح والرجوع الى
القرعة. وفي جامع المقاصد: إنه الظاهر - أي عدم الترجيح - سواء كان الالتقاط في
دار الكفر أو الاسلام. وفي المسالك: الأظهر عدم الترجيح مطلقاً. وفي المختلف: إن
المشهور عدم الترجيح مطلقاً.

أقول: وهذا التردد في محله لتكافؤهما في الدعوى، ولا مرجح لأن جميع
المرجحات مجرد اعتبارات لا دليل شرعي عليها، فراجع وتأمل والله سبحانه
العالم بالصواب.

هل أخذ البقرة والحمار الضال ممنوع 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.

حجة 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، والفاضل والشهيد والكركي والمقداد، وظاهر الحلي على ما حكى عن بعض، لأن ذلك منهم من فحوى المنع من أخذ البعير، باعتبار استغنائه بالرعي والشرب وكونه محفوظاً من صغار السباع.

حجة القائل بجواز أخذ البقرة والحمار هو الوقوف في النهي على موضع النص، ومنع مساواتها في القوة للدابة والبعير خصوصاً الحمار فإن أكل الذئب له غالب والأجود إلحاق البقرة به وفي التحرير والمسالك والكفاية قد قرب الجواز بل قيل: إنه يقتضيه كلام الجماعة إذ لا ريب في عدم امتناع الحمار من الذئب. وفي الجواهر قد يقال: أنه لا دلالة في النصوص على عدم جواز أخذ الدابة، فضلاً عن غيرها إذا كانت صحيحة، وإن لم تكن في كلاء ولا ماء، بل لعل ظاهر النصوص خلافها، فلا وجه للإلحاق بالبعير الذي ورد فيه «لا تهجه وضل 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.

حجة القائل بجواز الأخذ للشاة في الغلاة هو كونها معرضة للتلف لأنها لا تمتنع من صغير السباع ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم «هي لك أو لأخيك أو للذئب»^١ فكانت بحكم التالفة، بل في الجواهر حكى عن التذكرة وغيرها

نسبته الى علمائنا، بل عن المهذب البارع والمختصر وغاية المرام: الإجماع عليه. بل عن أبي عبد البر: إجماع العامة على أنّ ضالة الغنم في الموضع المخوف له اكلها من غير ضمان، مضافاً الى النصوص الصحيحة والحسنة. إنتهى كلام الجواهر ج ٣٨/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 المأخوذ المنافي للضمان معه، وإن قال بعضهم في الضمان قولان يمكن أن يكون في غير محله، والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بعدم الجواز بدون ضمان و الضمان هو الأشهر، إما مطلقاً أو عند ظهور المالك، ولأنها 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 ردّه اليه، وفي المسالك: القول بالضمان خصوصاً مع ظهور المالك أظهر. وفي المنفعة والنهاية ومحكي المراسم: أنه يأخذ وهو ضامن لقيمتها، من غير تصريح بالمطالبة، ولا بالملك. وعن المبسوط والسرائر بل والوسيلة: له أن يأكلها على أن تكون القيمة في ذمته، إذا جاء صاحبها ردّها اليه. وعن الايضاح: أنه يغرم إذا وجد وطلب.

أقول: لا يبعد القول بالتصرف مع الضمان ولا منافاة بينهما 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 السباع، كأطفال الإبل والبقر والخيول والحمير على تردّد» وجه التردّد من مشاركته للشاة، ومن عدم النصّ عليه.

حجة القائل بالأول - أي في حكم الشاة - كل ما لا يمتنع من صغير السباع،

وإن كان أصله الإمتناع هو المشهور بين الأصحاب، وهو أطفال الإبل والبقر والحمير والخيل والأوز والدجاج، حكمه حكم الشاة، في جواز تملكه في الفلاة لمشاركته له في العلة المجوّزة، وهي كونه في حكم التالف. ولمفهوم قوله صلى الله عليه وآله وسلم «هي لك أو لأخيك أو للذئب» كما في المسالك وفي التذكرة: نسبتة الى علمائنا. وقال به الشيخ وسلار والحلي والفاضلان والشهيدان صريحاً.

حجة القائل بالثاني - أي عدم الإلحاق بالشاة - هو عدم النص عليه، فالحاقه قياس فيبقى على أصالة بقاء الملك على مالكة، ويلحقه لقطة الأموال فيعرف سنة ثم يملكها إن شاء ويضمن أو يتصدق بها، وجزم بعدم الإلحاق في الكفاية والمفاتيح وعن الآبي وأبي العباس: الإقتصار على جواز الأخذ. بل قال ثاني الشهيدين والمقدّس الأردبيلي والخراساني: إن الإلحاق قياس. ولهذا تردّد المصنّف، خصوصاً بعد ما علم من مذهبه عدم حجية منصوص العلة، فلا يلحق حينئذ ويكون حكمه حكم لقطة المال الصامت في التعريف وغيره. أقول: القول بالإلحاق لا يخلو من قوة لأنه بحكم التالف بعد ما سمعت من الشهرة والفتاوى والله سبحانه العالم بالصواب.

في التقاط العبد بدون الاذن

ج ٣ ص ٢٩٠ قوله رحمه الله: «وفي العبد تردّد أشبهه الجواز لأن له أهلية الحفظ» وجه التردّد من أهليته للحفظ، ومن عدم قابليته للتملك. حجة 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 يحكّ الخلاف إلا عن أبي علي كما اعترف به غير واحد، بل لم يتردّد به أحد قبل المصنّف: 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 قوة جواز التقاطه والله سبحانه أعلم
حجة القائل بعدم الجواز هو أن الأغلب في اللقطة الإكساب، وهو مسلوب
عنه بالنسبة الى نفسه، وقال به ابن الجنيد. ولرواية^٢ أبي خديجة «عن الصادق
عليه السلام سأله المحاربي عن المملوك يأخذ اللقطة؟ فقال: مال للملوك واللقطة،
لا يملك من نفسه شيئاً فلا يتعرض لها المملوك»^١ الى آخره، وعدم قابلية العبد
للملك الذي تضمنته النصوص والفتاوى 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 رحمه الله: «وفي أخذ لقطة الحرم لهؤلاء تردّد ينشأ من كونهم ليسوا
أهلاً للإستئمان» منشأ التردّد من عدم أهلية الإستئمان، ومن عموم أدلة الجواز.
حجة القائل بعدم جواز التقاط أربعة - الصبي والمجنون والكافر والفاسق - هو
أن اللقطة استئمان محض، وليس بتملك وليس لهؤلاء أهلية الإستئمان،
وصرح في القواعد: باشتراط العدالة في الملتقط. وفي الدروس: أربعة لا يجوز لهم
أخذ لقطة الحرم الصبي والمجنون والكافر والفاسق، لأنها أمانة محضة. وكذا
المسالك بل في التذكرة وإن لم يصرح فيها بالمجنون، بل والتحريم وإن تردّد في
الفاسق. وفي المسألة تفاصيل تطلب من مظانها فتأمل والله أعلم.
حجة القائل بالجواز هو إطلاق أو عموم أدلة الإلتقاط الدالة على الجواز على
كراهة. وفي الجواهر: التحقيق الجواز ولكنه على شدة كراهة.
نعم ربما يدلّ على ذلك في الجملة ما رواه في خبري الفضل بن يسار

١ - الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة حديث ١.

«سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم؟ قال: لا يمسه، وأمانت فلا بأس لأنك تعرفها» وفي الخبر الآخر «سألت أبا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم؟ فقال عليه السلام: لا تمس أبداً حتى يجيء صاحبها فيأخذها، 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 ينتزعها منه ضمن لتفريطه بالإهمال إذا لم يكن أميناً وفيه تردد» ينشأ التردد من أصالة براءة ذمته، ومن وجوب حفظ مال الغير.

حجة القائل بعدم الضمان هو أصالة براءة ذمة المولى، بل قد يقال بعدم الضمان، وإن قلنا بوجوب انتزاع مال الغير من يد العبد الغير المأذون من مولاه بالإلتقاط وهو أمر تعبدى لا يقتضي الضمان.

وفي المسالك: الأظهر عدم الضمان مطلقاً إلا أن يأذن له في الإلتقاط ثم لا يكون أميناً، فإنه يضمن بالتقصير في الإنتزاع، وهذا والذي يفهم من مجموع ما في الباب عدم الضمان مع عدم الإذن بالإلتقاط.

حجة القائل بالضمان هو أن يد العبد كيد مولاه فتركها عنده مع عدم أمانته يكون تفريطاً في مال الغير الذي صار بمنزلة ما هو بيده. وفي المسالك إن أوجبنا -أي الإنتزاع- على المولى احتمال الضمان عليه. وفي الدروس: لو كان العبد غير مميز إتجه الضمان -أي ضمان المولى. وكأن صاحب الدروس نزل العبد منزلة دابته حيث يجب منعها من إتلاف مال الغير ولو قبضها المولى -أي اللقطة في يد العبد- ثم ردها اليه مع كونه غير أمين، ففي التذكرة التصريح بضمان 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 للارث اجماعاً، وفي الأولاد تردّد» ينشأ التردّد من الاقتصار على المتيقن، ومن محكيّ الاجماع.

حجّة القائل بعدم فكّ غير الأبوين هو المنع عن عتق من عداهما، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الميقتن، ذهب الى ذلك سلار صريحاً وابنا بابويه ظاهراً، وقول آخر باضافة الأولاد، وثالث اضافة باقي الأقارب، ورابع فكّ كلّ وارث وإن كان زوجاً أو زوجة، وفتوى الشيخ وظاهر بن زهرة، وفيه نصوص واردة في محالها، راجع وتأمل.

حجّة القائل بفكّ الأولاد، مضافاً الى محكيّ الاجماع بعض النصوص، منها عن اسحاق بن عمّار «قال: مات مولى لعلّي عليه السلام فقال: انظروا هل تجدون له وارثاً؟ فقيل له: إنّ له ابنتين باليامة مملوكتين، فاشترهما من مال الميت، ثمّ دفع إليهما بقيّة الميراث»^١.

ومنها عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل مات وترك ابناً له مملوكاً ولم يترك وارثاً غيره، فترك مالا، فقال عليه السلام: يشتري الابن ويعتق ويورث ما بقي من المال»^٢ الى غير ذلك من النصوص، وهو قول المفيد وابن إدريس وجماعة، واستظهره المصنّف لصلاحيّة بعض ذلك لقطع الأصل، فضلاً عن جميعه، خصوصاً مع شذوذ المخالف كما في الجواهر والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ١٩ قوله رحمه الله: «وهل يحجب القاتل فيه ترّد، والظاهر أنه لا يحجب»،
 وجه التردّد من أنه المشهور، ومن عموم الآية الشريفة^١.
 حجّة القاتل بعدم حجب الأخ القاتل للأُم هو المشهور، لاطلاق دليل «إن
 القاتل لا يرث»، وحيث لا يرث لا يحجب، حيث يعرف المناط في ذلك، من
 دليل عدم حجب الكافر والمملوك. وفي الجواهر وفاقاً للمشهور بين الأصحاب
 شهرة عظيمة، بل عن الخلاف اجماع الطائفة بل العامة عليها، لانقراض خلاف
 ابن مسعود، بل ربّما استدلّ لذلك في الصحيح عن محمد بن مسلم «قال:
 سألت أبا عبدالله عليه السّلام عن المملوك والمشرک يحجبان إذ لم يرثا؟ قال
 عليه السّلام: لا»^٢ وكذلك روى الفضيل بن يسار عنه عليه السّلام.
 وأما القاتل فالمشهور أنه مثلهما في عدم الحجب، بل ادّعى الشيخ في الخلاف
 الاجماع عليه، لمشاركته لهما في العلة الموجبة للحكم، والله أعلم.
 حجّة القاتل بالحجب هو عموم الآية الشريفة، وصدق الاخوة على القاتل
 ومنع التعدي، فإن العلة ليست منصوبة، بل مستنبطة، فيكون اللاحق بهما
 قياساً، لا يقول الأصحاب به بالاجماع ممنوع، فان الصدوقين وابن أبي عقيل
 قالوا: يحجب القاتل، وعلّلوا حجب الاخوة بما روي من أنهم عياله وعليهم
 نفقتهم، ونفقة القاتل لا تسقط عن الأب، بخلاف المملوك، أما الكافر فقد
 تقدّم أنّ نفقته واجبة حيث يكون معصوم الدم، لكنّه خرج بعض خاص فيبقى
 غيره على الأصل. كما في المسالك.

في الارث بالولاء

ج ٤ ص ١٩ قوله رحمه الله: «وفي اشتراط وجودهم منفصلين لا حملاً ترّد، أظهره أنه

١ - سورة النساء آية ١١.

٢ - الوسائل الباب ١٤ من ابواب ميراث الأبوين الحديث ١.

شرط» منشأ التردد من عموم حجب الاخوة، ومن الشك في تحقق الاخوة. حجة القائل باشتراط الانفصال هو كون المنساق نصاً وفتوى، بل قد يشك في تحقق الاخوة قبل الانفصال، و انتفاء العلة التي هي انفاق الأب عليهم.

و خصوص قول الصادق عليه السلام في خبر العلاء بن الفضيل المنجبر بالعمل قال عليه السلام «إن الطفل والوليد لا يجب ولا شيء لكتفه البطن وان تحرك إلا ما اختلف عليه الليل والنهار»^١ الى آخر الحديث.

حجة القائل بعدم الاشتراط، هو أن الحمل يجب في غير المقام كما سبق، بل لعل 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 حملاً، فيتجه حينئذ التمسك 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 لانسباق وجود الاخوة من الكتاب والسنة 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.

حجة القائل بثوريث الأخوات، لا أن الارث بالولاء يخص الذكور، تردد المصنف بتوريثهن، ثم استظهر الجوازهما في الخلاف والمبسوط، قال الشيخ: الولاء يجرى مجرى النسب، ويرثه من ذوى الأنساب على حد واحد، دليله اجماع الفرقة، وقوله صلى الله عليه وآله «الولاء لحمة كلحمه النسب، لا يباع

ولا يوهب» وفي النسب يكون للأب السدس والباقي للابن فكذلك يجب في الولاء مثله. وقال المصنف: على تردد أظهره نعم.

حجة القائل بعدم التوريث، بل يختص بالرجال الاخوة دون النساء، هو ما في الخلاف إن من أصحابنا من قال إنه ترث النساء من الولاء شيئاً وأنما 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 أن الأخوات لا يرثن منه مطلقاً، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ٣٩ قوله رحمه الله: «هل يرثها مولى أمها فيه تردد»، وجه التردد من اطلاق الحديث يجزئ الأب الولاء، ومن حقوق النسب به دون الأم.

حجة القائل بالارث، هو انجرار الولاء اليها بعق الأب، لإطلاق رواية عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قال علي عليه السلام يجزئ الاب الولاء اذا اعتق» واستقر الجز في الجواهر فقال: فالاقرب حينئذ حصول الجر، نعم كل واحدة منها جرت نصف ولاء اختها اليها، لأنها اعتقت نصف، ولا ينجز الولاء الذي عليها بعق الأب في وجه فيبقى نصف ولاء كل واحدة منها لمولى أمها وإن لم نقل بالجر فالولاء كله له، الى آخر كلامه رفع مقامه.

حجة القائل بعدم الارث هو أن حقوق النسب بالأب لا بالأم، فلا ولاء حينئذ لأحد عليهما وأنه ليس بعق، وأنما هو اعتاق، فلا يفيد ولاء كي يجز، واستقر به المصنف إذ لا يجتمع استحقاق الولاء بالنسب والعتق.

ج ٤ ص ٣٩ قوله رحمه الله: «قال الشيخ يرجع الولاء الى مولى الأم وفيه تردد»، وجه التردد من الأصل عدم الانجرار، ومن حديث اللحمه.

حجة القائل بعدم رجوع الولاء، دليله هو الأصل عدم الانجرار، وفي القواعد

الأقرب العدم، بل عن المبسوط قبل ذلك الاعتراف به، كما ذكره صاحب الجواهر، على هذا يكون الميراث للضامن، أي ضامن الجريرة، وإن لم يكن يرجع للامام، لأنه وارث من لا وارث له، لكن قد عرفت فيما مضى، أن الأول لا يخلو من قوة، كما قواه صاحب الجواهر رحمه الله.

حجة القائل برجوع الولاء الى مولى الأم، هو قول الشيخ في المبسوط، معللاً بقوله: لأن الولاء لحمة كلحممة النسب، والنسب لا يزول بوجود من هو أولى، وإن منع من الميراث، فاذا عدم الأول عاد حق البعيد، لتحقق السبب المقتضي للميراث عند فقد الولاء، والله سبحانه أعلم.

في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم

ج ٤ ص ٥٠ قوله رحمه الله: «وفي ثبوت هذا الحكم بغير سبب الهدم والغرق مما يحصل معه الإشتباه تردّد» ينشأ التردّد من حصول الإشتباه، ومن الوقوف على الأصل. حجة القائل باطراد الحكم، هو أنّ الإشتباه في المهدوم عليهم والغرقى 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، وابن حمزة، وسعيد، والمحقق الطوسي، وظاهر المبسوط والسرائر والمراسم والمهذب للإشترك في الإشتباه الذي هو العلة، كما ذكره صاحب الجواهر ومال في الرياض الى الاطراد، واحتج عليه بحجة يطول ذكرها، فراجع وتأمل.

حجة القائل بعدم الطرد، هو الاقتصار على ما خالف الأصل، وعليه الأكثر كما في الروضة والمسالك، على عدم الطرد، بل عن الكفاية نسبتته إلى الأصحاب، وقواه في الجواهر، ولأنه قياس على المهدوم عليهم والغرقى، مضافاً الى ما روي أنّ قتلى الإمامة وصقّين والحرة، لم يرث بعضهم من بعض، وعلى كلّ حال ما ذهب اليه الأكثر متين، لا يشكل تعدية الحكم من الغرقى والمهدوم عليهم الى الأسباب

الآخري التي يشتهب حال موتهم والسابق منهم من غيره، والله سبحانه العالم.
ج ٤ ص ٥٠ قوله رحمه الله: «وفي وجوب تقديم الأضعف في التورث تردّد» وجه
التردّد من ورود النص، ومن أصالة عدم الوجوب.

حجّة القائل بوجوب تقديم الأضعف أي الأقل نصيباً في الميراث هو خبر
الفضل بن عبد الملك «عن أبي عبد الله عليه السّلام في امرأة وزوجها سقط عليهما
بيت، فقال عليه السّلام: يورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من المرأة»^١.
وخبر عبيد بن زرارة «قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل سقط عليه
وعلى امرأته بيت، فقال عليه السّلام: تورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من
المرأة»^٢ وخبر محمد بن مسلم «عن أحدهما عليهما السّلام مثل ذلك» لهذا قال
في محكي المنفعة والنهاية والسرائر والوسيلة والتبصرة واللمعة وتعليق الفقيه يجب التقديم، وفي
المبسوط يجب ذلك، لكن لا يتغيّر به حكم، غير أنا 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 أصالة عدم الوجوب، قال في
الايجاز، ومحكي الاصباح والقطب علي بن مسعود والغنية وظاهر الكافي أنه لا يجب،
لانتفاء الفائدة وقصور دليل الوجوب، كما أشار اليه في المسالك وضعّفه بإثبات
الفائدة والتعبّد الصرف، فراجع وتأمل، والله سبحانه أعلم.

كتاب القضاء

في صفات القاضي

ج ٤ ص ٦٧ قوله رحمه الله: «وهل يشترط علمه بالكتابة فيه تردّد» وجه التردّد من اضطراره لمعرفة الوقائع، ومن أصالة عدم الإشتراط.

حجّة القائل بالاشتراط، هو اضطراره الى معرفة الوقائع والأحكام التي لا يتيسّر ضبطهما غالباً إلاّ بها، وهذا اختيار الشيخ والمصنّف واكثر الأصحاب، والنبّي صلى الله عليه وآله محفوظ بالعصمة المانعة صلى الله عليه وآله من السهو والغلط، الراجع للاحتياج إليها.

حجّة القائل بعدم اشتراط العام بالكتابة، هو أصالة عدم الاشتراط، وكونها غير معتبرة في النبوة التي هي اكمل المناصب، ومنها يتفرع الأحكام والقضاء، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله أمياً لا يحسنها صلى الله عليه وآله كمانته عليه قوله تعالى «وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه يمينك اذا لارتاب المبتلون»^١.

و في الجواهر لا دليل على الإشتراط، سوى الاعتبار المزبور الذي لا ينطبق على أصولنا، بل إطلاق دليل النصب في نائب الغيبة يقتضي عدمه، على أنّه يمكن الاستغناء بوضع كاتب، بل وغير الكتابة من طرق الضبط، بل ربّما لا يحتاج إليها.

أقول: عدم الإشتراط لا يخلو من قوّة، والله العالم.

ج ٤ ص ٦٨ قوله رحمه الله: «وفي انعقاد قضاء الأعمى تردّد أظهره أنه لا ينعقد» ينشا التردّد من الأصل، ومن قصوره.

حجّة القائل بالانعقاد هو الأصل، أي الأصل عدم اشتراط البصر، ومنع كلفة نفوذ شهادته في الأمور، والغرض حصول التمييز بين الخصوم، ولو بنصب شاهدين عليه، وأنّ شعيباً كان أعمى وهو نبيّ عليه السلام في ضمن ولايته القضاء، كما في المسالك وفي الجواهر 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 الى ذلك، كما هو واضح، هذا كلامه رفع مقامه.

حجّة القائل بعدم الانعقاد، هو أنه قاصر، وأنّ الأعمى لا تنفذ شهادته في بعض القضايا، والقاضي تنفذ شهادته في الكل، واستظهر المصنّف ذلك، وفي المسالك الأشهر أو الأظهر ذلك، أي عدم الانعقاد، لافتقاره الى التمييز بين الخصوم، وتعدّر ذلك مع العمى، وعمى شعيب عليه السلام على تقدير تسليمه ليس بحجة في شرعنا، ولا على القاضي غير النبيّ صلى الله عليه وآله كأنجبار النبوة بالعصمة، والله سبحانه أعلم.

في شرائط القاضي

ج ٤ ص ٦٩ قوله رحمه الله: «فان قلّد الأفضل جاز، وهل يجوز العدول الى المفضول، فيه تردّد، والوجه الجواز» وجه التردّد في الاشتراك في الأهلية، ومن الظن بقول الأعمى 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 اجماعاً، منهم على الجواز، ولما في معرفة الأفضل من العسر والخرج على العامي، واستوجه المصنّف ذلك معللاً أنّ خلل المفضول منجبر بنظر

الإمام عليه السلام، الذي نصبه، وإن كان هذا إنما يتمّ فيما إذا كان في عصر الإمام عليه السلام، واطّلاعه على أحكامه، واستظهر الجواز صاحب الجواهر، لإطلاق أدلة النصب المقتضي حجّة الجميع على جميع الناس.

حجّة القائل بعدم الجواز، هو أنّ الظن بقول الأعملم أقوى، فيجب اتباعه إذ أقوال المفتين بالنسبة إلى المقلّد كالأدلة بالنسبة إلى المجتهد في وجوب اتباع الراجح ولخبر عمر بن حنظلة «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا، بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاة، أيحلّ ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم في حقّ أو باطل، فإنما تحاكم إلى الطاغوت وما يحكم له فإنما يأخذ سحتاً، وإن كان حقّاً ثابتاً له، لأنّه أخذ به حكم الطاغوت، وما أمر الله أن يكفر به قال الله تعالى «يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به»، قلت: فكيف يصنعان؟ قال ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكماً، فإنّي قد جعلته عليكم حاكماً فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما استخفّ بحكم الله، وعلينا ردّ، والرادّ علينا الرادّ على الله وهو على حدّ الشرك بالله»^٢ الحديث.

أقول: يفهم من مقبولة ابن حنظلة الرجوع إلى العالم بالأحكام بدون قيد الأعملم، والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٨٢ قوله رحمه الله: «إذا تمّت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب، أم يتوقّف ذلك على التماس المدعى، فيه تردّد»، وجه التردّد من أنّه حق للمدعى فيقف على طلبه، ومن شاهد الحال على الطلب.

١ - سورة النساء آية ٦٠.

٢ - الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضي الحديث ١.

حجّة القائل بالأول، هو التوقف على التماس المدعي، قال به في السرائر والشرايع والارشاد والوسيلة والدروس وغيرها، بل قيل إنه الأشهر، بل عن المبسوط عندنا مشعراً بالإجماع عليه على ما نقل عن بعضهم، وقال في القواعد: الأقرب إنّ الحاكم لا يبتدأ بطلب الجواب من الخصم، إلا بعد سؤال المدعي 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 والمراسم والتحرير والمجمع وغيرهم، وما في المسالك قيام شاهد الحال على إرادته ذلك، إنّ من المعلوم عادة أنّ الانسان لا يحضر خصمه مجلس الحكم، إلا لإرادة فصل الدعوى بينه وبين خصمه، المتوقف على سماع جوابه، وفي الجواهر استوجه ذلك، وفاقاً للمحكّي عن جماعة، للأصل، ولكونه حقاً للحاكم المنصوب لقطع الخصومات، إلا أن يسقط المدعي حقه، والله أعلم.

ج ٤ ص ٨٥ قوله رحمه الله: «ولو شهدت على صبي، أو مجنون، أو غائب، في ضمّ اليمين إلى البيّنة، تردّد» ينشأ التردّد من كونهم كالميت، ومن أنّ معقد النص الميت. حجّة القائل بضمّ اليمين، هو كون الصبي، والمجنون، والغائب، كالميت، في عدم اللسان، المحتمل على تقدير وجوده الجواب بما يقتضي البراءة منه، بل هو مقتضى منصوص العلة، ففي الخبر «قلت للشيخ يعني موسى بن جعفر عليه السلام كما عن الفقيه: أخبرني عن الرجل، يدعي قبل الرجل الحقّ، فلا يكون له البيّنة بما له، قال: فيمين المدعى عليه فإن حلف فلا حقّ له، وإن لم يحلف فعليه، إلى أن قال: فإن كان المطلوب بالحقّ قدمات، فأقيمت عليه البيّنة، فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وإنّ حقه لعليه، فإن حلف، وإلا فلا حقّ له، لأنّا لاندرى لعله وفاه بيّنة لانعلم موضعها، أو بغير بيّنة قبل الموت فمن ثمّ صارت عليه اليمين مع البيّنة، فإن ادعى

ولا بينة فلا حق له لأن المدعى عليه ليس بجي ولو كان حياً لألزم اليمين، أو الحق أو يرده اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت له عليه حق^١.

أقول: فما نحن فيه كذلك، وهو المحكي عن الأكثر بل المشهور ومنهم الشيخ في المبسوط والفاضل والشهيد كما في الجواهر، والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بعدم ضم اليمين، هو أن معقد النص والفتوى الميت، فلا يقاس عليه غيره، لحرمة القياس عندنا، لهذا قال المصنف: أشبهه أنه لا يمين، ووافق المصنف جماعة خصوصاً في الغائب الذي ورد فيه مرسل جميل بن دراج عن جماعة عنها عليه السلام «قال: الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة، ويبيع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم، ولا يدفع المال الى الذي أقام البينة إلا بكفلاء»^٢ ونحوه «قول الباقر عليه السلام في خبر محمد بن مسلم» إلا أن فيه إذا لم يكن ملياً إذ لا ريب في ظهورهما، ولو للإطلاق في عدم اعتبار اليمين معها بل «قوله عليه السلام: ويكون الغائب على حجته» مشعر بالفرق بينه وبين الميت، بأن له حالاً يقيم به حجته في نقض البينة المزبورة، وهو إذا حضر، بخلاف الميت، بل هو جار أيضاً في الصبي والمجنون حال البلوغ والإفاقة، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٨٦ قوله رحمه الله: «ولو اشتمل الحكم على الحقين فضي بما يختص الناس، كالسرفه يقضي بالغرم، وفي القضاء بالقطع، تردّد» ينشأ التردّد من حيث إنه حق الله فلا يثبت، ومن أنهما معلولا علة واحدة.

حجة القائل بعدم القضاء، هو أن بناء حقوق الله تعالى مبنية على التخفيف، ولذا تدرأ بالشبهة، التي يكفي فيها احتمال أن الغائب حجته تبطل

١ - الوسائل الباب ٤ من ابواب كيفية الحكم الحديث ١.

٢ - المصدر الباب ٢٦ من ابواب كيفية الحكم الحديث ١.

الحجة التي قامت عليه بها فيقضى بالبيتة بالغرم دون القطع لما ذكرنا، والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بالقضاء في الموردين، هو أنهما معلولان لعلّة واحدة، فلا وجه لتبعض مقتضاهما، فلا يثبت أحدهما دون الآخر، بل في المسالك أنّ باقي الأصحاب قطعوا بالفرق وانتفاء القطع نظراً الى وجود المانع، من الحكم في أحدهما دون الآخر، وتختلف أحد المعلولين لمانع، واقع كثيراً، ومنه في هذا المثال لو أقرّ بالسرقة مرة، فإنه يثبت عليه المال دون القطع، ولو كان المقرّ مجبوراً عليه في المال، ثبت الحكم في القطع دون المال.

أقول: خلاصة ما تقدم أنه لا إشكال في الحكم بالمال لأنه حق الناس، فيشملة دليل القضاء على الغائب، وهذا هو المشهور بينهم، أما حق الله فالمشهور أنه لا يقضى به، وإن كان في المسألة بعض المناقشات، تركنا بيانها لطولها، لمنافاتها لهدفنا الاختصار في الموضوع، والله سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٤ ص ٨٦ قوله رحمه الله: «لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم الى الموكل ولا بيتة في الالتزام تردّد» وجه التردّد، من الوقوف في الحكم، ومن التعجيل بالحكم وإلغاء دعواه.

حجة القائل بتوقف الحكم، هو احتمال أداء الغريم للموكل فتعجل إلزامه بالأداء إضرار به وهو منفي فوجب التوقف حتى يثبت الحكم بالأخذ أو نقيضه. حجة القائل بالتعجيل، هو الأشبه باصول المذهب وقواعده، كما نبّه عليه المصتف في المتن، التي منها عدم دفع الحق المقطوع به شرعاً بالمحتمل والتضرر، مع أنه معارض باحتمال مثله، أيضاً لا يلتفت إليه، بعد أن كان هو مقتضى ظاهر الشرع، نعم قد يقال بلزوم التكفيل لطلبه الدافع، وإن الضرر المترتب على حكم الشرع لا يلتفت إليه، كما في المسالك، وهذه المسألة واقعية وقعت في مرو، وأفتى بعض العلماء بالالزام والتعجيل، محجّتا بما أشار إليه المصتف وهو قوتي متين،

والله أعلم بالصواب.

ج ٤ ص ٨٩ قوله رحمه الله: «ولوردة المنكر اليمين ثم بعدها قبل الاحلاف، قال الشيخ ليس له ذلك إلا برضا المدعي وفيه تردد منشأه أن ذلك تفويض لا إسقاط» وجه التردد، من أن بذل المنكر اليمين إسقاط حقه، ومن أنه إباحة له الرجوع.

حجة القائل بالأول هو أن الأصل في اليمين، كونها في جانب المنكر ابتداءً، فإذا ردها المنكر إلى المدعي صارت في جانبه بالعرض، فإذا بذل المنكر اليمين بعد أن حلف المدعي فلا حق له إجماعاً، لسقوط الحق الذي يترتب عليه اليمين بحلفه، فإذا بذلها بعد أن رده، وقبل أن يحلف المدعي سواء أقبل الحاكم عليه بوجهه ولم يأمره بالحلف، أم أمره ولم يفعل، أم انتفى الأمران، فهل له ذلك؟ قال الشيخ في المبسوط: لا لإنتقالها حقيقة المدعي بنفس الرد، فصار لا حق المنكر فيها، لاستحالة أن يكون كل منها مطالباً بها.

حجة القائل بالثاني، هو عدم السقوط، أي المنع من أن ذلك يقتضي إسقاط حقه منها، وإنما فوضها إلى المدعي، فإذا لم يستمر رضاه بالتفويض، كان له الرجوع، لأصالة بقاء حقه كما كان، لأن اليمين تلزم المنكر شرعاً، فردّها على المدعي تكون إباحة له أن يحلف، ولا يلزم من إباحته اليمين خروجها عنه، كمن أباح للغير طعامه، فله الرجوع فيه قبل أن يأكل، وهنا أقوى، لأن الرد أعم من الإسقاط، والأصل بقاء الحق الثابت قبل الرد، مع الشك في المسقط، والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٩١ قوله رحمه الله: «لو كان له بيّنة، فأعرض عنها واتمس بيمين المنكر، أو قال أسقطت البيّنة وقعت باليمين، فهل له الرجوع؟ قيل: لا، وفيه تردد، ولعل الأقرب الجواز.» ينشأ التردد، من أنه حقه فأسقطه، ومن أصالة البقاء.

حجة القائل بسقوط حقه، هو عدم جواز الرجوع إذا أعرض بنفسه عن تقديم بيّنته، فيكون حاله حال من أعرض عن ماله وألقاه في الشارع، حيث ليس له

أن يأخذه من يد من تملكه، وقال به الشيخ في محكي المبسوط، وتبعه ابن إدريس فيما حكى عنه، محتجاً بأن إقامة البيّنة واليمين حق له وقد أسقطه، فيسقط بالإسقاط، فعوده يحتاج الى دليل.

حجة القائل بعدم السقوط، هو أصالة البقاء، اختاره المصنّف، ومنع كون ذلك إسقاطاً على وجه يقتضي الإبطال، وإنما غايته الإعراض وهو لا يسقط الحق، ولأنّ العدول إلى يمين المنكر لا يوجب براءة ذمته من الحق، ولا ملكه للعين، وهو دليل على بقاء الحق، فله إقامة البيّنة 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 البيّنة والتمس يمين المنكر وقبل أن يخلف رأى أن يقدم بيّنته، فالظاهر أنّ له ذلك، لأنّه لا دليل على أنّ إرادته عدم التقديم، موجبة لسقوط البيّنة، لهذا قال المصنّف بعد تردده: الأقرب الجواز والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٩٢ قوله رحمه الله: «أما لو ادعى الصغير الحربي الإنبات بعلاج، لا بين ليتخلص عن القتل، فيه تردد، ولعل الأقرب، أنه لا يقبل إلا مع البيّنة» وجه التردد من أصالة عدم البلوغ، ومن جعل الشارع له علامة البلوغ.

حجة القائل بقبول قوله من غير يمين، هو الشبهة، وأنّ الحدود تدرأ بالشبهات، خصوصاً في المقام الذي يقتضي الأصل عدم بلوغه، الذي هو شرط قبول اليمين فيلحق بالذراري ويقبل قوله بغير يمين، لمشاركته لها في كون الحدّ حق الله 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 تحقّق الموضوع، الذي لا يتحقّق الحكم إلا به، والله سبحانه العالم بالصواب.

حجة القائل بعدم قبول قوله، هو أنه محكوم بلوغه ظاهراً، ومستحق للقتل

كذلك ، فلا يزول بمجرد دعواه العلاج في الإنبات، واليمين مانعة من القتل، ولم توجد أي لم تصح من الصبي، واختاره المصنف أي عدم قبول قوله مطلقاً، إلا بالبيّنة، لوضع الشارع الإنبات علامة البلوغ وقد وجدت، أي العلامة، ودعواه المعالجة خلاف الظاهر، فيفتقر الى البيّنة.

أقول: هذا ما في المسألة من بيان مختصر، وفيها بعض التفاصيل والأقوال الأخر، تطلب من محاتها، فراجع وتأمل.

ج ٤ ص ٩٢ قوله رحمه الله: «وضابطه ما كان مالاً، أو المقصود منه المال، وفي النكاح تردّد» منشأ التردّد في النكاح من اختصاص قبول الشاهد واليمين بالمال، ومن الشك في تضمّنه للمال.

حجّة القائل بثبوت النكاح بالشاهد واليمين، هو إذا كان المدعي الزوجة، لأنّها تدعي إثبات مهر، أو نفقه، بخلاف الزوج، واستقر به في القواعد، ووافق عليه في المسالك، وعن بعضهم تقييده 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 تدعي مهراً في الجملة مطلقاً، والله أعلم.

حجّة القائل بعدم ثبوت النكاح بشاهد ويمين، هو أن المقصود بالذات بالنكاح الإحصان والتناسل، وإقامة السّنة، وكف النفس عن الحرام، والمهر والنفقة تابعان مع أنّهما مختلفان في دعوى الرجل إياه، 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، ففي القضاء به تردّد نصّ الشيخ في الخلاف أنّه لا يقبل» ينشأ التردّد، من أنّه المشهور، ومن قول الشيخ الطوسي.

حجّة القائل بقبول قوله، لو قال حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت هو ما

في الإيضاح، أن من يكون فعله ماضياً يكون قوله ماضياً أيضاً، وفي الجواهر أقربيه القبول، وهذا هو المشهور بينهم وهو المتعين، لما ذكره المسالك قال بجوازه مع الشهادة على حكمه، فع مشافهته أولى، ولما عن بعض من أن وقوع الحكم لا يعرف إلا من قبله فيدلّ على سماع قوله فيه كل ما دلّ على أن ما لا يعرف إلا من قبل شخص يكون قوله حجّة فيه، ولما في الجواهر من أن مقتضى كونه حجّة من قبلهم عليه السلام «وأنّ الرادّ عليه رادّ عليهم»^١ وجوب قبول قوله، سواء كان في الحكم أو في الإخبار بالحكم، إلى غير هذا من المرجّحات، 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 التنقيح الرائع، قال: إنهاء الحاكم حكمه إلى حاكم آخر، إمّا 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 بالبيّنة فإن شهدت البيّنة على التفصيل حكم به وتفصيل الإستدلال، أمّا الكتاب سواء كان محتوماً أو غير محتوم، فلما رواه طلحة بن زيد «عن الصادق عليه السلام أنّ علياً عليه السلام ما كان يجيز كتاب قاض إلى قاض في حدّ ولا غيره، حتى وليت بنوأميّة فأجازوا بالبيّنات»^٢ ومثله روى السكوني عن الصادق عليه السلام أيضاً^٣ وهاتان الروايتان وإن ضعفتا إلا

١ - الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١.

٢ - ٣٠٢ - التهذيب ج ٦ ص ٣٠٠.

أنهما تنجبران بالشهرة، وأما المشافهة فقد نصّ الشيخ في الخلاف إنها مثل الكتابة في عدم القبول، قدّمنا في صدر البحث إلى غير هذا، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٩٨ قوله رحمه الله: «وإن لم يحضر الخصومة فحكى لها الواقعة، وصورة الحكم وسمى المتحاكمين بأسمائهما، وآبائهما، وصفاتهما، وأشهدهما على الحكم، ففيه تردّد، والقبول أولى» ينشأ التردّد من أنّ حكم الحاكم الثاني بغير علم، من أنّه الحكم الأول حقّ فالثاني مثله.

حجّة القائل بعدم الجواز، هو أنّ حكم الحاكم الثاني، قوله بما لا يعلم، وهو منهيّ عنه بقوله تعالى «أتقولون على الله ما لا تعلمون» وبغيره من الآيات والروايات فيقتصر فيما خالفه على موضع الوفاق وما يوجب تمام الإحتياط، 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 حقّ فالثاني مثله، وحقيقة المقدم واضحة، والملازمة ظاهرة، لأنّ غاية الحضور سماعها الحكم، إذ لا عبرة بما وقع في المجلس غيره من الدعوى، وشهادة الشاهدين وتعديلهما ما لم يحصل الحكم، وهو عبارة عن الإخبار بثبوت الحقّ من أهله بلفظ حكمت ونحوه، وصورة النزاع إخبار بذلك.

فلا ترجيح لأحدهما على الآخر ولأنّ الأدلّة السابقة الدالّة على تسويغ أصل هذا الإنفاذ آتية في هذه الصورة، فكان القول بالقبول أقوى كما في المسالك وهذا الذي اختاره المصنّف والأكثر، والله العالم.

ج ٤ الصفحة نفسها قوله رحمه الله: «فحكمت أو أمضيت في الحكم به تردّد» وجه التردّد هنا هو عين ما سبق قبله في المسألة الأولى، مع أنّ القبول أرجح خصوصاً

مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى، وشهادة الشهود لتأكيد إخباره بذلك، وقد سبق أن الأقوى قبول إخباره بحكمه للمدعي 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 المتردد فيها، من باب واحد تقريباً، مع تفاوت جزئي، ورجحان القبول فيها لا يخلو من قوة، وإن كان بعض الأعلام ناقش في بعضهما، 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، سويت السهام على أقلهم نصيباً، فجعلت أسداساً، ثم كم تكتب رقعة فيه تردد» وجه التردد من عدد الشركاء، ومن عدد السهام.

حجة القائل بكتابتها بعدد أسماء الشركاء، هو أنها 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.

حجة القائل بالثاني، هو أنه تكتب على عدد السهام، فتكون ستة رقاع، بإسم صاحب السدس واحدة، ورقعتان بإسم صاحب الثلث، وثلاثة بإسم صاحب النصف، وعلله، وقواه في المبسوط بقوله، لأن كل من كان سهمه أكثر، كان حظّه أوفر، وله مزية على صاحب الأقل، فإذا كتب لصاحب النصف ثلاث رقاع كان خروج قرعته أسرع وأقرب، فإذا كتب له واحدة، كان خروج قرعته، وقرعة صاحب السدس سواء، فلهذا قيل يكون له أكثر من رقاع غيره.

والحاصل: إذا تعاسر الشركاء في أنه، هل يكتب اسم الشركاء أو اسم السهام، كان الخيار بيد الحاكم الشرعي لأنه المبيّن لإنهاء النزاع، أو الرجوع للقرعة، وفي المسألة مزيد بيان، تفصيله في محله، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٠٧ قوله رحمه الله: «ولو ادعى المنكر، فسق الحاكم، أو الشهود ولا بينة فادعى علم المشهود له ففي توجه اليمين على نفي العلم تردّد، أشبهه عدم التوجه»، منشأ التردّد، من أنه ينتفع به، ومن أنه لا يدعي حقاً لازماً.

حجّة القائل بتوجه اليمين على المدعي حيث لا بينة، أنه ينتفع به في حقّ لازم، كما لو قذف الميت وطلب الوارث للحدّ، فادعى عليه العلم بالزنا، فأنكر، فله تحليفه على نفي العلم، كما عن التحرير والارشاد وغاية المراد.

أقول: لزوم قبول الدعوى إذ لو لم تقبل لزم ضياع الحقّ، ولذا ذهب جماعة إلى قبول مثل هذه الدعوى، وإن كان المشهور خلافه، والله أعلم.

حجّة القائل بالعدم أي عدم توجه اليمين لأنه لا يدعي حقاً لازماً، ولا يثبت بالنكول، ولا باليمين المردودة، ولأنه يثير فساداً، ولأنه كالدعوى على القاضي، والمشهود بالكذب وهي غير مسموع بدون البيّنة قطعاً، وإن كان ينتفع بتكذيبها أنفسهما لأنه يثير فساداً عاماً، واختاره في الدروس واستوجهه في المسالك ومحكي الإيضاح.

أقول: عدم توجه اليمين قويّ ووجيه، كما أشار إليه المصنّف بقوله «الأشبهه عدم التوجه» والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ الصفحة نفسها قوله رحمه الله: «وفي الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردّد»، ينشأ التردّد من أنه ينتفع به، ومن أن الحقّ لا يستحقّ بالإقرار في الواقع.

حجّة القائل بالإلزام، هو أنه ادعى عليه الإقرار له بالحقّ، فهل تسمع الدعوى بمعنى توجه اليمين على المدعي عليه لو أنكر، نعم لأنه ينتفع به مع التصديق، وأنّ ثبوته يوجب الحقّ ظاهراً واستظهر في المسالك هنا سماع الدعوى،

لأنّ المعترف بثبوت الحقّ ظاهراً، واعترافه ينفعه، ونكوله يثبت عليه الحقّ، أو مع يمين المدعى، والمدعى يجوز له الحلف على أنه أقرّ له بذلك، ويثبت به الحقّ إذ لا يشترط في استحقاق المقرّ له علمه بالسبب المقتضي للإقرار، بل يجوز له أخذه تعويلاً على إقراره، وعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جازي» يشملها، وفي الجواهر لعلّه كذلك، وفي القواعد ومحكيّ الإيضاح وغاية المرام أنه الأقرب.

حجّة القائل بعدم الإلزام، هو أنّ الحقّ لا يستحقّ بالإقرار في نفس الأمر، وإن كان ثبوته يوجب الحقّ ظاهراً، فلا توجب دعواه حقاً لازماً للمدعى عليه، فينحصر طريقه بالبيّنة لعموم قوله صلى الله عليه وآله «البيّنة على المدعى واليمين على المدعى عليه»^١. نعم قد يقال بعدم إلزامه باليمين على نفي ذلك بخصوصه، إذا بذل اليمين على براءة ذمته، الذي يأتي على ذلك كلّ على نحو ما تسمعه، في عدم إلزامه بجواب دعوى أنه أقرّضه، أو باعه بثمن في ذمته، أو نحو ذلك، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٠٩ قوله رحمه الله: «ولو كان المدين جاحداً وللغريم بيّنة، يثبت عند الحاكم والوصول إليه ممكن، ففي جواز الأخذ تردّد أشبهه الجواز» ينشأ التردّد من عموم جواز الإقتصاص، ومن التسلّط على مال الغير خلاف الأصل.

حجّة القائل بالجواز، هو عموم أدلّة الإقتصاص، وقال بها الأكثر، كما في كشف اللثام وغيره وهو الذي ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط ومحكيّ التهذيب والنهاية، وقوّاه في المسالك ودليله عموم الإذن في الإقتصاص في الكتاب الكريم قوله تعالى «والحرّمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»^٢ و «فعاقبوا بمثل ما عوقبتم

١ - الوسائل الباب ٣ من ابواب كيفية الحكم.

٢ - سورة البقرة آية ١٩٤

به»^١ وفي السنة نذكر منها خبر جميل بن دراج «قال: سألت أبا عبد الله 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 «داوود بن زرین، قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها، والدابة الفارهة يبعثون فيأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال، فلي أن آخذه؟ فقال عليه السلام: خدمثل ذلك ولا تردعليه»^٣. ومنها صحيحة «ابن زرین قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني اعامل قوماً فربما أرسلوا إليّ فأخذوا مني الجارية والدابة، فذهبوا بهما مني، ثم يدورهم المال عندي، فأخذ منه بقدر ما أخذوا مني؟ فقال عليه السلام: خذ منهم بقدر ما أخذوا منك ولا ترد عليه»^٤ ومنها صحيح «أبي بكر، قلت له: رجل لي عليه دراهم فجحدي وحلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقي؟ قال: فقال عليه السلام: ولكن لهذا كلام، قلت: وما هو؟ قال: تقول اللهم لا آخذه ظلماً ولا خيانة، وإنما آخذه مكان مالي الذي أخذ 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.

حجة القائل بعدم الجواز إلا بإذن الحاكم الشرعي، هو أن التسلط على مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر منه على موضع الضرورة، وهي هنا منتفية، ولأن الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عنه الحاكم، ويعين من ماله ما يشاء، ولا ولاية لغيره، وهذا خيرة المصنّف في النافع، بل حكي عن تلميذه الآبي في كشفه، والفخر في إيضاحه إلى غير ذلك من الإعتبارات، التي لا تصلح مدركاً

١- سورة النحل آية ١٢٦.

٢ و٣ و٤ و٥ و٦- الوسائل الباب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به الحديث ١٠ و١١ و٨.

للمحكم، فضلاً عن معارضة الدليل الجواز، كما أشار إليه صاحب الجواهر، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٠٩ قوله رحمه الله: «نعم لو كان المال وديعة عنده، ففي جواز الاقتصاص تردّد، أشبه الكراهية» وجه التردّد من دلالة بعض الأخبار على الجواز، ومن دلالة بعضها على النهي عن مطلق الأمانة.

حجّة القائل بالجواز أي جواز الإقتصاص، هو عين ما تقدّم، أي عموم الأدلة السابقة، خصوصاً صحيحة أبي العباس البقباق، أنّ شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم، واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس، فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك، فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال: «أما أنا فأحبّ أن تأخذ ونحلف»^١ وهذا الخبر يدلّ على الجواز، من غير كراهة. لأنّه عليه السلام لا يحبّ المكروه، وخبر عليّ بن سليمان «قال: كتبت إليه رجل غصب مالاً أو جارية، ثمّ وقع عنده مال بسبب وديعة، أو قرص مثل خيانة، أو غصب مثل ماخانه، أو غصبه، أيحّل 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 المتأخّرين كما في الجواهر وذهب إليه التهذيب والسرائر والشرائع والنافع والمختلف والارشاد والتحرير وشرح الشرائع للصيمري والتنقيح والنكت والمسالك كما نقل عن بعضهم، والله العالم.

حجّة القائل بعدم الجواز، هو عموم قوله تعالى «إنّ الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها»^٣ وخبر ابن أخ الفضيل بن يسار «قال: كنت عند أبي

١ و ٢ - المصدر الباب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٩ و ٢.

٣ - سورة النساء آية ٥٨.

عبدالله عليه السلام، ودخلت امرأة، وكنت أقرب القوم إليها، فقالت: أسأله؟ فقلت: عن ماذا؟ فقالت: إن ابني مات، وتركت مالا في يد أخي، فأتلفه، ثم أفاد مالا فأودعنيه، فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء، فأخبرته بذلك، فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أذ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»^١ وخبر سليمان بن خالد «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال، فكابرتني عليه وحلف، ثم وقع له عندي مال، فأخذه لمكان مالي الذي أخذه وأجحدته وأحلف عليه كما صنع، قال عليه السلام: إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عتبه عليه»^٢.

و صحيح معاوية بن عمّار «عن أبي عبد الله عليه السلام، قلت له: الرجل يكون لي عليه حق، فيجحدنيه، ثم يستودعني مالا، 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، والستقي، والحلي، والكيديري، والطبرسي، وابن زهرة، ونسبه في محكيّ التحري إلى الشيخ، ووافقهم بعض متأخري المتأخرين، 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 التقاصي قوية، وأدلة المنع ناقش بها بعض، وفي المسألة مزيد بيان ينافي الاختصار المطلوب في هذا الكتاب، والله أعلم بالصواب.

ج ٤ ص ١١٣ قوله رحمه الله: «وفي القولين تردّد، وجه التردّد، من التعارض فالقرعة، ومن تقديم أحد القولين.

حجة القائل بالقرعة، هو أنّ الغرض العقد الواحد في الوقت الواحد صحيح وباطل بمقتضى البيّنيتين، إذا لا بدّ من القرعة بينهما، ويحكم لمن خرج اسمه مع

يمينه، مع فقد المرجحات، للنصوص الواردة بالنسبة الى القرعة. وإنهما لكل أمر مشكل، وهذا اختيار الشيخ في المبسوط، وكيف كان، فمقتضى القاعدة، إنه لو تعارضت البيئتان، فقد يكون الأمر في التعارض الموجب للترجيح بالأعدلية، والأكثرية ثم القرعة واليمين، فيما إذا قلنا تسمع بيئته المنكر، كما تسمع بيئته المدعي، أو كان اختلاف في أن الاجرة دينار أو درهم، فإنها وإن اختلفتا زيادة ونقصاً، إلا أنها عنوانان إلى غير ذلك من الأمثلة، وقد يكون الأمر يوجب تقديم بيئته مدعي الأكثرية، كما لو اختلفا في أن الاجرة ألف، أو العين، حيث إن مدعي الألفين مدع، ومدعي الألف منكر للزيادة، بعد اتفاقهما في الألف، فاللازم أن يأتي مدعي الزيادة بالبيئته، وقد أتى بها والمنكر ليس عليه البيئته، فلا تسمع بيئته، ويكون الأمر حينئذ كما ذكره الحلبي، ومنه يعرف وجه النظر في قول الشيخ أولاً، بأنه إذا كان ترجيح، فليس الترجيح بالقرعة فقط، بل أولاً بالأعدلية، ثم الأكثرية، وثانياً بالقرعة، هذا بعض ما في المسألة، وفيها احتمالات أو وجوه أخرى، في بابها تراجع، والله أعلم.

حجة القائل بترجيح بيئته المؤجر، هو قول الحلبي في السرائر، أنه يقضى ببيئته المؤجر، لأن القول قول المستأجر ولم تكن بيئته، ومن كان القول قوله كالبيئته في طرف المدعي، وعلى هذا نقول: المؤجر مدع الزيادة وقد أقام البيئته بها، فيجب أن تثبت، والحاصل أنه لو كان الإختلاف في الجنس، حصل التعارض والترجيح، وإن كان الإختلاف في القدر، فالمقدم قول من يدعي الزيادة ببيئته، ثم في إختلاف 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 تردّد؟ أقره اللزوم» ينشأ التردّد، 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 بيّنة بشرائه وانتفاء المانع، إذ ليس هناك مانع من أخذ الجميع، إلا دعوى الغريم الآخر، وقد انتفت بتركه الأخذ، ولأنّ المقتضي للخيار تبعض الصفقة، وقد انتفى واستقرب المصتف 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 تفاضيل أخرى في محلّها، فراجع وتأمل، والله العالم بالصواب.

كتاب الشهادات

ج ٤ ص ١٢٨ قوله رحمه الله: «وفي اشتراط إصلاح العمل زيادة عن التوبة تردّد و الأقرب الإكتفاء بالإستمرار، لأنّ بقاءه على التوبة إصلاح ولو ساعة». وجه التردّد 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 صالحاً فأولئك يبدّل الله سيئاتهم حسنات»^٢ وما عن الخلاف وجامع المقاصد ومتشابه القرآن لابن شهر آشوب، أنه لا بدّ مع التوبة التي هي اكذاب نفسه هو أن يقول القذف باطل وحرام وظهور عمل صالح منه وإن قلّ، قيل وهو ظاهر الغنية والاصباح وفي المبسوط والسرائر أنه لا بدّ منه إذا قذف، قذف سبّ، لا إذا قذف قذف شهادة لافتراقهما في ثبوت فسق القاذف، قذف سبّ بالنص، وفسق الآخر بالإجتهد، كما في الجواهر، والله أعلم.

حجّة القائل بعدم الإشتراط، هو أنّ المراد بالإصلاح اكذاب نفسه بين الناس، الذي يكون به إصلاح لما أفسده من عرض المقدوف بقذفه، وذلك لظهور النصوص، أو صراحتها في مغفرة ذنب القاذف بالتوبة، واكذاب نفسه، وأنّه 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 السّلام كالتفسير لهما، كما في الجواهر وإليك بعض نصوص الباب.

منها ما عن أبي الصباح الكناني «قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن القاذف بعد ما يقام عليه الحدّ، ما توبته؟ قال: يكذب نفسه، قلت: أرايت إن أکذب نفسه وتاب أتقبل شهادته؟ قال: نعم»^١.

ومنها ما عن القاسم بن سليمان «قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يقذف الرجل، فيجلد حدّاً، ثمّ يتوب، ولا يعلم منه إلا خيراً، أتجوز شهادته؟ قال: نعم. ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه وبين الله ولا تقبل شهادته أبداً، فقال عليه السّلام: بئس ما قالوا كان أبي يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلا خيراً جازت شهادته»^٢ وغيرها من الروايات.

وعن الوسيلة وظاهر المقنع والنهاية ما هو الأقرب عند المصتف، الإكتفاء باستمرار التوبة، لأنّ التوبة هي إصلاح.

أقول: هذا القول لا يخلو من قوّة و متين، والله سبحانه العالم بالصواب.
ج ٤ ص ١٢٦ قوله رحمه الله: «لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محرّم، تردّ به الشهادة، وفي المتكأ عليه، والإفتراش له، تردّد، والجواز: مروّي» وجه التردّد، من الأصل، ومن المنع عن بعض.

حجّة القائل بجواز التكأة على الحرير، والإفتراش له هو الأصل، وما روي عن أهل البيت عليهم السّلام كصحيحة «عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام قال: سألته عن فراش حرير ومثله من الديباج، ومصلّى من حرير ومثله من الديباج، يصلح للرجل النوم عليه، والتكأة والصلاة عليه؟ قال: يفرشه، ويقوم عليه، ولا يسجد عليه»^٣، ولأنّ النهي عنه في النصوص المعتمدة،

١ و ٢ - الوسائل الباب ٣٦ من ابواب الشهادات الحديث ١-٢.

٣ - الوسائل الباب ١٥ من ابواب لباس المصلّي حديث ١.

معلق على اللبس فيبقى غيره على الأصل، وقال به المصنف، وفي المسالك، الأصح الجواز.

حجة القائل بعدم الجواز، هو ما ورد «عن النبي صلى الله عليه وآله
«هذان - أي الحرير والذهب - محرمان على ذكوراتي»^١ يستدل بعموم التحريم
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 المتأخرين القول
بالمنع، وأن ابن حمزة في المحكي عن الوسيلة في كتاب المباحات، ممن صرح
بالمنع «قال: وما يحرم عليه لبسه بحرم فرشه والتدثر به، والإتكاء عليه وإسباله
سترًا» بل عن المبسوط مثل ذلك أيضاً، وتردد فيه في النافع، وقال بعدم الجواز
الشافعي وأحمد، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٣١ قوله رحمه الله: «أما المطلق إذا أدى من مكاتبته شيئاً، قال في النهاية
تقبل على مولاه بقدر ما تحرم منه، وفيه تردد! أقربه، المنع» ينشأ التردد، من صدق المملوك
عليه، ومن خبر بن مسكان.

حجة القائل بعدم قبول شهادته، هو صدق العبد و المملوك عليه، ولأن الرق
مانع، فما لم يزل بتمامه لم يقبل، ولأنه لا تهتدي عقولنا إلى القبول في بعض
المشهود فيه دون بعض، فلا نقول به إلا فيما أجمع عليه، أو دل عليه دليل قاطع،
واستقر به المصنف وفاقاً للمشهور، وفي الجواهر القول بكونه كالقن حينئذ هو
الأقوى للأصل، وقاعدة عدم تبويض السبب، إلى آخر كلامه.

أقول: القول بالمنع متين جداً، لا سيما مع ملاحظة قصور خبر بن مسكان
الآتي عن التخصيص، والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بقبوله شهادته على مولاه هو خبر ابن مسكان بن أبي بصير سأله

عن شهادة المكاتب كيف تقول فيها فقال: تجوز على قدر ما عتق، إن لم يكن اشترط عليه، إنك إن عجزت رددناك، فإن كان اشترط عليه ذلك لم تجز شهادته، حتى يؤدي أو يستيقن أنه قد عجز، قال: قلت: كيف يكون حساب ذلك، قال: إذا كان قد أدى النصف أو الثلث فشهد لك بألفين على رجل أعطيت من حَقِّك 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 رحمه الله: «أما في حقوق الله أو الشهادة للمصالح العامة، فلا يمنع. إذ لا مدعي لها، وفيه تردد» ينشأ التردد من عموم الأدلة على الرد، ومن ثبوت الفرق بينها وبين حق الإدمي.

حجة القائل بعدم المنع من التبرع بالشهادة في حقوق الله تعالى، كشرب الخمر والزنا أو المصالح العامة كالقناطر والمدارس وغيرها، هو الفرق بين حقوق الله و المصالح العامة، وبين حقوق الآدميين، الموجب لاختصاص المنع بالثاني دون الأول، لأن حقوق الله تعالى أو المصالح لا مدعي لها، فلولا ما 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.

حجة القائل بالمنع من قبولها، هو بناء حقوق الله تعالى على التخفيف اتفاقاً، نصاً وفتوى، وإنها تؤدي إلى التهمة المزبورة، بل في الرضا ليس في شيء مما ذكر ما يفيد تقييد الأدلة، المانعة عن قبوله مع التهمة بعد حصولها، كما هو فرض المسألة بحقوق الآدميين خاصة، ومجرد عدم المدعي لحقوق الله تعالى لا يدفع

التهمة، ولا يفيد التقييد المزبور، إذ لا دليل على إفادته له من إجماع أو رواية، وأداء عدم القبول فيها إلى سقوطها، لا دلالة فيه على أحد الأمرين أصلاً، ولا محذور في سقوطها مع عدم قبولها، 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، بتوالي الأخبار من جماعة، لا يضمنهم قيده المواعدة، أو يستفيض ذلك حتى يتاخم العلم، وفي هذا عندي تردد» وجه التردد من كفاية الظن، ومن عدم الدليل.

حجة القائل بكفاية الظن، هو هذا القسم الثاني من الشهادة، التي يكفي بالسماع كالنسب، فيجوز أن يشهد بالتسامع، إن هذا الرجل بن فلان، وهذه المرأة بنت فلان مثلاً، وصفة التسامع أن يسمع الشاهد الناس ينسبون المشهود بنسبه إلى فلان، بل لو حضر جماعة لا يرتاب في صدقهم، فأخبروه بنسبه دفعة واحدة، على وجه إفادة الغرض جازله الشهادة.

حجة القائل بعدم كفاية الظن، هو أن ذلك خلاف الأصل، فإثباته يحتاج إلى دليل صالح يخرج عنه، ومجرد ما ذكره من السماع والظن غير كاف في إثباته، لا مكان العلم بكثير من هذه الأشياء، ولهذا تردد به المصنف، ثم الكلام في أصل المسألة، وهو الإكتفاء بالتسامع، وهي الاستفاضة، وظاهر الإتفاق عليه في الجملة، وإن حكي عن الإسكافي الإقتصار فيه على النسب خاصة، وعن الإصباح ثلاثة، النسب، والموت، 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 إختلاف الروايات في الأخيرين.

حجة القائل بالثبوت 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 الكناشي: شهادة النساء تجوز في النكاح» وقال فيه أيضاً «تجوز شهادتهن مع الرجال في الدم»^٢ وغيرها من الروايات الكثيرة، وجوز الثبوت في القواعد، وفاقاً للمحكي عن المبسوط في العتق والقصاص وللمحكي عن المقنع والإستبصار في القصاص.

حجة 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 الا في الديون، وما لا يستطيع الرجال النظر اليه»^٣ ورواية ربيعي «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 منضّمات إلى الرجال، وأمّا شهادتهن منفردات فلا تقبل شهادتهن قطعاً، هذا خلاصة ما في المسألة من خلاف، وفيها تفصيلات اخرى، من الجمع بين الروايات بحمل المانع على انفرادهن، والمجوز على انضمامهن إلى الرجال، والله أعلم.

ج ٤ ص ١٣٧ قوله رحمه الله: «وفي الوقف تردد، أظهره أنه يثبت بشاهد وامرأتين، وبشاهد ويمين» منشأ التردد، من انتقاله إلى الله تعالى، من انتقاله إلى الموقوف عليهم.

حجة القائل بعدم ثبوت الوقف بشاهد وامرأتين، أو بشاهد ويمين، هو أنه ليس بمال للموقوف عليهم بل لهم الإنتفاع به فقط، ولأنّ حقوق الله تعالى المالية، فليس عليها نصّ بخصوصها، لكن ممّا كان الأصل في الشهادة شهادة

الرجلين، وكان مورد الشاهد واليمين، والشاهد والمرأتين الديون، ونحوها من حقوق الآدميين، قصر على مورده، ويبقى غيره على الأصل.

حجة القائل بثبوتة بشاهد ويمين، وشاهد وامرأتين، هو أنه مال، ومن حقوق الناس قطعاً، بل تجرى جميع أحكام الملك، وفاقاً للمحكّي 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 ثبوتة بالشاهد والمرأتين مطلقاً، أي سواء كان الوقف على محصور، لتمكّنه حلفه، انتهى كلامه.

أقول: الظاهر أنه من حقوق الآدميين فثبوتة غير بعيد، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٣٩ قوله رحمه الله: «ويليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا. ويذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب، وعقار، إذ هي صورة جزم، وفيه تردّد» وجه التردّد من الاستناد إلى سبب صحيح، ومن تطرّق الإحتمال.

حجة القائل بالأقل صورة للجزم، هو أن الغالب على الناس الجهل، بطريق التحمّل للشهادة، فربما إلى ما لا يجوز التحمل به، فإذا ذكر السبب زال الريب، للاختلاف في المراتب، فإذا قال: أشهد أنّ فلان على فلان كذا، وأشهد من على شهادته، بل ذكر غير واحد، منهم الشيخ في المحكّي عن مبسوطه، أنه يليه، أي يقرب من ذلك في جواز التحمّل 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، إذ هي صورة جزم وشهادة عرفاً، فتندرج في مادّة من الشهادة على الشهادة، بل تندرج في جميع الأدلّة، كما في الجواهر، ثم قال آخر المطلب: مع الكيفيّة المزبورة، وقد عرفت عدم الخلاف في اعتباره.

أقول: القبول مقبول، لعدم تطرّق الإحتمال، لأنّ عدالة الشهود تكفي في

صحتها، والله أعلم.

حجة القائل بالثاني، هو تطرّق الإحتمال، من اعتياد التسامح بأمثال ذلك، في غير مجلس الحكومة، واحتمال الوعد وغيره، فلا يقين بإرادة المعنى الحقيقي للشهادة بذلك، خصوصاً بعد استقرار حال كثير من القائلين نحو ذلك، بطلب الشهادة منهم بما قالوه بعد المرافعة والمخاصمة، وامتناعهم من ذلك، فلا يقين حينئذٍ بشهادة للأصل، والله أعلم.

ج ٤ ص ١٤٠ قوله رحمه الله: «وتقبل شهادة النساء على الشهادة فيما يقبل فيه شهادة النساء منفردات كالعيوب الباطنية والاستهلال والوصية وفيه تردد أشبه المنع» ينشأ التردد، من منع قوم منهما، ومن تجويز آخرين.

حجة القائل بالجواز أي جواز شهادتهن فرعاً، هو الإجماع الذي احتج به الشيخ الطوسي في الخلاف، والأخبار الواردة، وقواه في المبسوط، وجوزه ابن الجنيد، والعلامة في المختلف للأصل، وعموم وقوله تعالى «فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان»^١. وعموم رواية السكوني «عن الصادق عليه السلام: أن 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، ولأن شهادتهن أصلاً ثابتة، فالفرع أولى لاستناده إلى شهادة الأصل أو مساوي لها.

حجة القائل بالمنع، أي عدم جواز شهادتهن فرعاً، هو المشهور خصوصاً عند المتأخرين، وفي الجواهر بل لم أقف فيهم على مخالف، وإن تردد فيه بعضهم، لكنّه في غير محله، للأصل، بعد ظهور النصوص في اعتبار الرجلين في الشهادة على الشهادة السالم عن معارضة الإطلاق المزبور، الظاهر في قبول شهادتهن عليه،

١ - سورة البقرة آية ٢٨٢.

٢ - الوسائل الباب ٢٤ من كتاب الشهادات الحديث ٤٢.

نفسه الذي لا تطع عليه الرجال غالباً، لا الشهادة عليه، التي هي عكس ذلك، إنتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: القول بالمنع، أي عدم الجواز لا يخلو من قوة، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٤٢ قوله رحمه الله: «وفي الحكم بحذ القذف والقصاص تردد، أشبه الحكم لتعلق حقّ الآدمي به» ينشأ التردد، من أنه حقّ الله تعالى، ومن أنه حقّ الآدمي أيضاً فهو مشترك بينهما.

حجة القائل بعدم الحكم، هو المشهور، إذا كان الحقّ لله تعالى، كحذ الزنا وشرب الخمر لم يحكم به، لوقوع الشبهة الدارئة للحذ، ولو اشترك الحد كالقذف والقصاص، ففي جواز الحكم عند القائل به، لأنّ بناءه على التخفيف، ودرئه بالشبهة التي لا فرق في الدروبها، بين المختصّ لله تعالى والمشارك بينه وبين الآدمي.

حجة القائل بجواز الحكم، هو أنّ الشبهة بالنسبة إلى حقّ الله تعالى وغير شبهة في حقّ الآدمي باعتبار بناه حقّ الله تعالى على التخفيف دون حقّ الآدمي والمصنّف رجح حقّ الآدمي، 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.

حجة 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.

حجة القائل بنقض الحكم، هو عدم الإستيفاء لأنّ الحكم لم يستقر بعد، والظن قد اختلّ برجوع الشهود، وإن كانت الشهادة في حدّ، قيل لم يستوف لأنه مبنيّ على التخفيف، ويدرء بالشبهة وهي متحققة بالرجوع وإن كان حقّ

آدمي، أو مشتركاً فوجهان: من تغليب حق الآدمي، ووجود الشبهة الدارئة له في الجملة كما سبق، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٤٤ قوله رحمه الله: «ولو كان عشرون سنة مع شاهد، فرجع الرجل، ضمن السدس، وفيه تردد»، منشأ التردد، من عدم الثبوت بشهادتين، ومن أنه جزء البيئة. حجة القائل بضمان الرجل السدس، هو أنه لا يثبت بالنساء فقط منفردات، فإذا رجع الرجل ضمن السدس، لأن الحكم ثبت بالجميع، ولأن المرأتين بمنزلة الرجل، فالعشر من النساء بمنزلة خمسة رجال، فإذا رجع السادس يتحمل السدس، فما حكى عن الشيخ ويحيى بن سعيد ضمن بقسطه، لثبوت الحكم بالجميع، ومفهوم صحيحة مسلم^١ الدالة على ضمان الثلث، أو النصف، لأنه نصف البيئة لأن الغرض توقف الثبوت على الرجل، ولا فرق فيهن بين اثنتين من النساء أو ألف، إلى آخر ما هناك فتدبر، والله أعلم.

حجة القائل بعدم ضمان السدس بل يضمن النصف، هو ما تقدم من أن الرجل نصف البيئة وعليهن النصف، لا المفروض توقف الثبوت على الرجل، ولا فرق بين الإثنتين وألف امرأة، وهذا رأي أبي يوسف، ومحمد، ولهذا تردد المصنف كما في الجواهر ثم قال: التردد في غير محله، لما عرفت، أنه لو رجعت امرأة واحدة منهن مع الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه لو رجع الجميع، فعلى رأي أبي يوسف، على الرجل النصف، وعليها نصف العشر، وعلى ما اختاره صاحب الجواهر على الرجل السدس، وعلى المرأة الرجعة نصف السدس، والله أعلم.

ج ٤ ص ١٤٥ قوله رحمه الله: «ولو كان المباشر للقصاص هو الولي، ففي ضمانه تردد، والأشبه أنه لا يضمن»، منشأ التردد من مباشرته للفعل، ومن قوة سببية الحكم. حجة القائل بضمان المباشر، هو أن الولي، هو المستوفي لحقه، الذي تبين

عدمه، وكان بإذن الحاكم، فيكون كفعله خطأ أي كفعل الولي.
حجة القائل بعدم الضمان، هو أن المشهور به إذا كان قتلاً، أو قطعاً،
أوحدًا، واستوفى وتعذر التدارك، فضمانه في بيت المال، لأنه من خطأ الحكام،
وحكم خطائهم كذلك، ولا فرق بين أن يكون المباشر للفعل، هو الولي أو غيره،
لأن استيفاء الولي مستنداً إلى أخذ حقه، الذي تبين عدمه، وهذا قال المصنف
وتبعه الفاضل بعدم الضمان، مع حكم الحاكم وإذنه.
أقول: عدم الضمان لا يخلو من قوة. والله سبحانه العالم.

كتاب الحدود والتعزيرات

ج ٤ ص ١٥٠ قوله رحمه الله: «ويسقط الحد مع الإكراه، وهو يتحقق في طرف المرأة قطعاً، وفي تحقّقه في طرف الرجل تردّد والأشبه إمكانه» وجه التردّد، من إمكانه في حقّه، ومن عدم الإمكان.

حجّة القائل بإمكان تحقّق 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 بعدمه، لأنّ الإكراه يمنع من انتشار العضو، وانبعث القوى، لتوقفها على الميل النفساني، المنافي لانصراف النفس، عن الفعل المتوقّف عليه صدق الإكراه، وفي الجواهر أنّ المتجه الحدّ، بناءً على عدم تحقّق الإكراه فيه، ضرورة استلزام حصوله حينئذٍ، لعدم كونه مكرهاً فيه، والله أعلم.

ج ٤ ص ١٥٠ قوله رحمه الله: «فلو وطأ المجنون عاقلة، وجب عليه الحدّ رجماً، أو جلداً، هذا اختيار الشيخين، وفيه تردّد» ينشأ التردّد من الرواية، ومن رفع القلم.

حجّة القائل بوجوب الحدّ على المجنون الزاني، هو خبر أبان بن تغلب قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا زنى المجنون، أو المعتوه جلد الحدّ، وإن كان محصناً رجم، قلت: وما الفرق بين المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة؟ فقال: المرأة إنّما تؤتى، والرجل يأتي، وإنما يزني إذا عقل، كيف يأتي اللذة؟ وإنّ المرأة

إنما تستكره ويفعل بها، وهي لا تعقل ما يفعل بها»^١ وعن المبسوط نسبته إلى رواية الأصحاب، مشعراً بدعوى الإجماع، هو اختيار الشيخين كما سبق، والصدوق والقاضي وابن سعيد فيما حكى عنه.

حجة القائل بعدم جواز الحدّ على المجنون، هو حديث رفع القلم الذي استدلّ به أمير المؤمنين عليه السلام على عمر حين أمر بحدّ المجنونة، في المروي عن إرشاد المفيد «قال له: أما علمت أنّ هذه مجنونة، وأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: رفع القلم، فإنّها مغلوبة على عقلها ونفسها»^٢ واستدلّ بنحو هذا أيضاً «في سقوط الحدّ عن المجنون، الذي كان أحد الستّة، الذين اخذوا بالزنا»^٣ ونحوه ما في الصحيح «عن أحدهما عليهما السلام في امرأة مجنونة زنت، قال: إنّها لا تملك أمرها، ليس عليها شيء»^٤ مضافاً إلى صحيح «حماد بن عيسى عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن عليّ عليهم السلام قال: لا حدّ على مجنون حتى يفيق، ولا على صبيّ حتى يدرك، ولا على النائم حتى يستيقظ»^٥ وما عن «الفضيل بن يسار قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام، يقول: لا حدّ لمن لا حدّ عليه، يعني لو أنّ مجنوناً قذف رجلاً لم أر عليه شيئاً، ولو قذفه رجل فقال: يازان، لم يكن عليه حد»^٦ إلى غير ذلك، ممّا ورد فيه، وقال به أي بعدم الحدّ كافة المتأخرين، حتى المصنّف في نكت النهاية، بل هو المحكيّ عن صريح الغنية، وظاهر السرائر وفي البرهان أنّه يشترط في إحصان الرجل، كون المرأة المزني بها عاقلة بالغة، فلوزنا المحصن بمجنونة وصغيرة فلا رجم، إلى آخر ما ذكره صاحب الجواهر.

١ و ٤ - الوسائل الباب ٢١ من ابواب حدّ الزنا الحديث ٢-١.

٢ - الارشاد: ص ١٠٩.

٣ - الوسائل الباب ١ من ابواب حدّ الزنا الحديث ١٧.

٥ - المصدر الباب ٨ من ابواب مقدمات الحدود الحديث ١.

٦ - المصدر الباب ١٩ من ابواب مقدمات الحدود الحديث ١.

أقول: القول بسقوط الحدّ فيما نحن فيه قوي ومتمين، والله العالم بالصواب.
 ج ٤ ص ١٥١ قوله رحمه الله: «ولو أقرّ أربعاً في مجلس واحد، قال: في الخلاف والمبسوط لم يثبت وفيه تردّد» منشأ التردّد من اشتراط تعدّد المجالس، ومن عدم الإشتراط.
 حجة القائل بثبوت الحدّ بالإقرار أربعاً في مجلس واحد، هو أصالة عدم اشتراط التعدّد، وقضية ما عز بن مالك وقعت اتفاقاً، مع أنها ليس صريحه في اختلاف المجالس، وروايته الخاصة السابقة، مطلقه، وقال به الأكثر، ومنهم الشيخ في النهاية، والشهيد، واتباعهما، وابن إدريس، وفي المسالك الأقوى عدم الإشتراط، لعدم دليل يقتضيه، أي الإشتراط والله أعلم.

حجة القائل باشتراط تعدّد مجالس الإقرار، هو أنّ قضية ما عز بن مالك، أقرّ في أربعة مجالس أو مواضع، والأصل براءة الذمة من هذه العقوبة بدون التعدّد، ولأنّ هذا الاختلاف مع ورود الواقعة كذلك، شبهة يدرء بها الحدّ، وهي عدم التعدّد، وذهب إليه الشيخ في الخلاف والمبسوط، وابن حمزة، وفي المسألة تفاصيل اخر لا يتحمّلها هذا المختصر، والله سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٤ ص ١٥٢ قوله رحمه الله: «ولو قال زنيّت بفلانة، لم يثبت الزنا في طرفه حتى يكرّره أربعاً، وهل يثبت القذف للمرأة فيه تردّد» وجه التردّد، من أنّ ظاهره القذف، ومن أنه نسب الزنا لنفسه.

حجة القائل بثبوت القذف، هو أنّ ظاهره القذف عرفاً، وأنه هتك لحرمتها، وأنّ حدّ القذف للمقذوف فلا يدرء بالشبهة.

ويؤيده قول النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فِي خِبر السكوني «عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليهم السّلام قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: لا تسألوا الفاجرة من فجّر بك، فكما هان عليها الفجور، يهون عليها أن ترمي البريء المسلم»^١ وهذا

الإسناد «عن عليّ عليه السلام: قال إذا سألت الفاجرة من فجرتك؟ فقالت فلان، جلدها حدّين، حدّاً للفجور، وحدّاً لغريبتها على الرجل المسلم»^١.

حجّة القائل بعدم ثبوت الحدّ، هو أنّ نسبة الزنا إلى نفسه، لا تستلزم زناها، لاحتمال الإشتباه والإكراه، فلا يكون إقراره بالزنا على نفسه، قذفاً لها بذلك، وربما كان في صحيح محمد بن مسلم «عن الباقر عليه السلام في رجل، قال لامرأة: يازانية أنا زנית بك، قال: عليه حدّ واحد لقذفه إياها وأما قوله: أنا زנית بك، فلا حدّ عليه (فيه) إلا أن يشهد على نفسه أربع مرات بالزنا عند الإمام»^٢ فيه نوع إيماء إلى عدم القذف بالقول المزبور، والله العالم.

ج ٤ ص ١٥٥ قوله رحمه الله: «ولو زنى بها المجنون، فعلها الحدّ كاملاً، وفي ثبوته في طرف المجنون تردّد، والمرويّ أنّه يثبت» ينشأ التردّد، من دليل الحدّ، ومن رفع القلم.

حجّة القائل بثبوت الحدّ على المجنون، هو رواية أبان بن تغلب «عن الصادق عليه السلام قال: إذ زنى المجنون أو المعتوه، جلد الحدّ، وإن كان محصناً رجم، قلت: وما الفرق بين المجنون والمجنونة، والمعتوه والمعتوهة؟ فقال: المرأة إنّما تؤتى، والرجل يأتي، وإنما يزني إذا عقل، كيف يأتي اللذة؟ وإنّ المرأة إنّما تستكره ويفعل بها، وهي لا تعقل ما يفعل بها»^٣ إستناداً إلى هذه الرواية وقد تقدّم ذكرها، ذهب الشيخان وجماعة إلى ثبوت الحدّ عليه كاملاً، حتى لو كان محصناً رجم.

حجّة القائل بعدم ثبوت الحدّ عليه، هو عدم تكليفه، والحدّ عقوبة ليتوقّف على ثبوت التحريم في فاعل موجبها، وهو منتف عنده، وذهب إلى هذا الشيخ في كتاب الفروع وابن إدريس، وأكثر المتأخّرين وأجابوا عن الرواية السابقة مع ضعف الطريق، على المجنون أدواراً وزنى حال صحوته وعقله، وفي المسالك هذا هو

١ - الوسائل الباب ٤١ من ابواب حد الزنا الحديث ٢.

٢ - الوسائل الباب ١٣ من ابواب حد القذف الحديث ١.

٣ - الوسائل الباب ٢١ من ابواب حد الزنا الحديث ٢.

الأصح، وقال به العاقمة، لأنه رفع القلم عنه، كما تقدم، وفي الجواهر وحينئذٍ فالأصح عدم الحدّ عليه.

أقول: عدم ثبوت الحدّ لا يخلو من قوّة، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٦٣ قوله رحمه الله: «ولو قال ولدت من الزنا، ففي وجوب الحدّ لاقه تردّد لاحتمال انفراد الأب بالزنا» وجه التردّد، من احتمال انفراد الأب، ومن احتمال انفراد الامّ.

حجّة القائل بثبوت الحدّ للامّ، لأنه قذفها بالزنا، هو احتمال انفراد الامّ بالزنا والأب مكره، أو مشتبه، وفي المسالك الأشهر ثبوته، لتصريحه بتولده من الزنا، فيكون قذفاً صريحاً يثبت به الحدّ، لكن يقع الإشتباه في متعلّقه، هو مستحق الحدّ، ذهب الشيخان والقاضي والمصنّف في النكت وجماعة، أنه الامّ لاختصاصها بالولادة ظاهراً، وقد عزا الولادة إلى الزنا بحرف الجرّ، ومقتضاه نسبة الامّ إلى الزنا، لأنه على هذا التقدير تكون ولادتها له عن زنا، ولأنّ الظاهر عرفاً، والحقيقة العرفيّة أولى من اللغوية كما ذكره صاحب المسالك وفيه مزيد بيان لا يسعه هذا المختصر، فراجع وتأمل.

حجّة القائل بثبوت الحدّ للأب، هو احتمال كون الامّ مكرهة. أو مشتبهة عليها، فيكون الأب متفرداً بالزنا، ومع الإحتمال يسقط الحدّ للشبهة الدارئة، وصراحة اللفظ في القذف، مع اشتباه المقذوف لا يوجب الحدّ لتوقفه على مطالبة المستحق، وهو غير معلوم، وكون الولد منها، وإذا تعدّد 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 أن الأب داخل في القذف على التقديرين، بل يريد كما يحتمل النسبة للأب يحتمل كونها للامّ.

وقال في المسالك: نسبته الى القليل أنّ متعلّق القذف الأبوان معاً، لأنّ نسبته

إليهما 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 وحكماً، فالمتجه السقوط في العبارة المزبورة.

أقول: هذا القول لصاحب الجواهر متين ولا يخلو من قوة، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٦٣ قوله رحمه الله: «ولو قال زني بفلانة، أو لظت بفلان، فالقذف للمواجه ثابت وفي ثبوته للمنسوب إليه تردّد» ينشأ التردّد، من ثبوته لأن الزنا فعل واحد، ومن منع الاتحاد لأن الموجب في الفاعل غيره في المفعول.

حجة القائل بثبوت حدّين، هو أنّ 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 النهاية والمبسوط كما حكي عنهما، ونحوه عن المفيد وجماعة، بل عن الخلاف والغنية الإجماع عليه وفي المسالك، والحق أنّهما فعل واحد واختلاف النسبة يجوز اختلاف الحكم كما ذكر، لاختلاف الفعل، والله سبحانه العالم.

حجة القائل بعدم ثبوت القذف للمنسوب إليه، هو اعتراض المصتف بأنه لا نسلم أنه فعل واحد، لأن الموجب في الفاعل التأثير، وفي المفعول التأثير، وهما متغايران، وعلى هذا ممكن أن يكون أحدهما مختاراً دون الآخر، فهو إن لم يكن متعدداً حقيقة، فحكماً باعتبار اختلاف الحكم، فلا أقلّ من تحقق الشبهة الدارئة للحدّ بذلك، بل قيل أنه يدلّ عليه ظاهر الصحيح الوارد في نظير البحث «في رجل قال لامرأته: يا زانية أنا زنييت بك، قال عليه السلام: عليه حدّ واحد لقذفه إياها وأما قوله أنا زنييت بك فلا حدّ عليه إلا أن يشهد على نفسه أربع مرّات عند

الامام»^١ من حيث نفي الحدّ فيه أصلاً، ومن هنا كان المحكيّ عن ابن إدريس والفاضل في التحرير العدم، وفي الجواهر وهو لا يخلو من قوّة، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٦٤ قوله رحمه الله: «ولو ادعى المقذوف الحرية وأنكر القاذف، فإن ثبت أحدهما عمل عليه وإن جهل ففيه تردّد أظهره أنّ القول قول القاذف لتطرق الإحتمال» وجه التردّد، من أصالة الحرّية، ومن أصالة البراءة.

حجّة القائل بتقديم قول القاذف، هو الأصل، أي أصالة البراءة من ثبوت الزائد، وهذا قول الشيخ في الخلاف إذا قذف رجلاً ثمّ اختلفا، فقال المقذوف انا حرّ فعليك الحدّ، وقال القاذف أنت عبد فعليّ التعزير كان القول قول القاذف، ثمّ قال: دليلنا الأصل براءة الذمة للقاذف، ولا تشغل، ولا يوجب عليه شيء إلا بدليل وفي المسالك قال: الأقوى ما اختاره المصنّف من تقديم قول القاذف لتعارض الأصلين المقتضي لقيام الشبهة في الزائد فيسقط، كما في المسالك والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بتقديم قول المقذوف، هو أصالة الحرّية، واختاره في المبسوط، وقال رحمه الله القولان، وهما قول القاذف والمقذوف كلاهما جميعاً قويان، كما ذكر ذلك صاحب المسالك، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٦٩ قوله رحمه الله: «أما التمر إذا غلى، ولم يبلغ حدّ الإسكار، ففي تحريمه تردّد والأشبه بقاؤه على التحليل حتى يبلغ» وجه التردّد، من دعوى إطلاق إسم النبيذ عليه، ومن أصالة الإباحة.

حجّة القائل بتحريم العصير التمرّي بالغليان هو بعض الأخبار العامّة الشاملة لمثل ما نحن فيه منها «قول الصادق عليه السّلام في صحيح ابن سنان: كلّ عصير

١ - الوسائل الباب ١٣ من ابواب حد القذف الحديث ١.

أصابته النار، فهو حرام حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه»^١ «وفي خبر ذريح إذانثش العصير أو غلى، حرم»^٢ ونحوهما في إفادة التحريم غيرهما كموثق عمّار بعد أن «سأله عن النضوح المعتق، كيف يصنع به حتى يحل؟ قال: خذ ماء التمر فاغله حتى يذهب ثلثاه أو ثلثاماء التمر»^٣ ومثله خبره الآخر وغير ذلك مما ورد في الباب فراجع وتأمل والله العالم.

حجة القائل بعدم التحريم، هو دعوى الإجماع على ذلك، كما عن حواشي القواعد والمقاصد العلية في غير الزبيب، بل في الحدائق 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 التمري بل الأصل والعمومات وما تقدم من الإجماع وغيره، بل ينبغي القطع بفساده، بناءً على حليته وعدم حرمة، وإن لم يذهب ثلثاه بالغليان كما هو الأظهر الأشهر بل المشهور بل في الحدائق إنه كاد يكون إجماعاً هو إجماع في الحقيقة فإننا لم نقف على قائل بالحرمة، ممن تقدمنا من الأصحاب رضوان الله عليهم، ومن عدم صحة إطلاق النبيذ عليه، أي على العصير التمري كما في المسالك، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٧٠ قوله رحمه الله: «لو شهد واحد بشرها وآخر بقيتها وجب الحد، ويلزم على ذلك وجوب الحد لو شهدا بقيتها نظراً إلى التعليل المروي وفيه تردد» ينشأ التردد من احتمال الإكراه، ومن الأصل خلافه.

حجة القائل بوجوب الحد لو شهدا بقيتها، نظراً إلى تعليل الإمام علي عليه السلام في خبر الحسين بن يزيد الذي رواه المشايخ الثلاثة «عن أبي عبد الله

١ - الوسائل الباب ٢ من ابواب الاشارة المحرمة الحديث ١.

٢ - الوسائل الباب ٣ من ابواب الاشارة المحرمة الحديث ٤.

٣ - المصدر الباب ٣٢ نفس الابواب الحديث ٢.

٤ - المصدر الباب ٣٧ نفس الابواب الحديث ١.

عن أبيه عليهم السلام المنجبر 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 رآه يشرب، والآخر أنه رآه 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 وأقضائها، فإن هذين قد اختلفا في شهادتهما، قال: ما اختلفا في شهادتهما وما قاءها حتى شرها^١، فمن هنا يتجه وجوب الحدّ لو شهدا بقيئها، كما عن الشيخ، التصريح به، بل عن بعض دعوى الشهرة عليه، وفي المسالك الأشهر قبول الشهادة منها على القياء، وإن كانت شهادة على فعلين، والأصل عدم الإكراه، والله أعلم.

حجة القائل بعدم الوجوب، هو أنّ القياء وإن استلزم الشرب إلا أنّ مطلق الشرب لا يكفي في إثبات الحدّ، بل لا بدّله من وقوعه على وجه الاختيار، ومطلقه أعمّ منه ومن الإكراه، وربما قصره بعضهم على موضع النص، نظراً إلى قيام الإحتمال المذكور، وكونها شهادة على فعلين، وتردّد فيه جماعة، منهم الفاضل وابن طاووس لا احتمال الإكراه فيدرء الحدّ للشبهة، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٧٥ قوله رحمه الله: «وقيل إذا كان المالك مراعيّاً له كان محرزاً، كما قطع النبي صلى الله عليه وآله سارق مئزر صفوان في المسجد، وفيه تردّد، وجه التردّد، من كون الرعاية حرزاً، ومن عدم صدق الحرز عرفاً.

حجة القائل بوجوب القطع مع مراعاة المالك، هو أنّه محرز هو المحكي عن الشيخ في المبسوط والخلاف وأن النبي صلى الله عليه وآله قطع بذلك سارق مئزر صفوان ابن أمية وهو في المسجد وقد روي بطرق عديدة منها حسن الحلبي «عن

أبي عبد الله عليه السلام سألته عن الرجل يأخذ اللص يرفعه أو يتركه، قال: إن صفوان من امية كان مضطجعاً في المسجد الحرام موضع رداءه، وخرج يهريق الماء، فوجد رداءه قد سرق حين رجع إليه، فقال: من ذهب بردائي، فذهب يطلبه فأخذ صاحبه فرفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: إقطعوا يده فقال صفوان: تقطع يده من أجل ردائي يا رسول الله، قال: نعم، قال: فأنا أهبه له، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: فهلاً كان هذا قبل أن ترفعه إليّ، قلت: فالإمام بمنزلته إذا رفع إليه قال: نعم^١ ومنها أن صفوان نائم فاخذ من تحته، ومنها أنه نائم وجعله تحت رأسه وسرق منه، وكان متوسداً له، ومن هنا كان المحكي عن المسوط فرض المسألة على هذا الوجه والإكتفاء في حرز الثوب بالنوم عليه، أو الاتكاء عليه، أو توسده، وفي المسألة زيادة بيان فراجع الكتب المطولة، والله أعلم.

حجة القائل بعدم القطع بالسرقة من المساجد، هو أنه مأذون في دخولها ولا يصدق الحرز عرفاً في المساجد، بل لعله من باب الإختلاس الذي فيه التعزير كما في بعض النصوص^٢، ولا أقل من الشك في كونه سارقاً أو مختلساً فيدرأ عنه الحد وما قيل من أن 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 محرزاً بالمراعاة وفيه تفصيل أكثر فراجع وتأمل.

ج ٤ ص ١٧٦ قوله رحمه الله: «وكذا إذا كان الإنسان في داره وأبوابها مفتحة، ولونام زال الحرز وفيه تردّد» منشأ التردّد مبني على تفسير الحرز بما ليس لغير المالك دخوله، 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 ملاكان سارقه على خطر وخوف، أو الحرز بحسب العادة والعرف، فعلى هذه الوجوه يقطع، هو ما ادّعه الشيخ الطوسي لتحقق الحرز على هذه التقديرات.

حجّة القائل بعدم القطع، هو أنّ الحرز ما كان مغلقاً ومقفلأً أو مدفوناً، فلا يقطع، لانتهاء 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 حينئذ القطع بسرقتها، لكونها حينئذ في حرز، كما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله تعالى.

ج ٤ ص ١٧٩ قوله رحمه الله: «لو أخرج المال وأعادته إلى الحرز لم يسقط الحد لحصول السبب الموجب التام وفيه تردد» وجه التردد من حصول سبب القطع، ومن عدم مرافعة المالك.

حجّة القائل بالقطع هو ما أشار إليه المصنّف، من حصول السبب التام للقطع وهو إخراج النصاب من الحرز على وجه السرقة فثبت 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 المرافعة حينئذ، ويترتب عليها ثبوت القطع والله العالم.

حجّة القائل بعدم القطع، هو أنّ القطع موقوف على مرافعة المالك، ومع رده إلى محله ليس له المرافعة، لوصول حقه إليه، وهذا يرجع إلى منع كون السرقة على الوجه المذكور سبباً تاماً في ثبوت القطع لتوقفه على المرافعة ولم تحصل، وعلى هذا يصير النزاع كاللفظي أو في قوّة اللفظي كما ذكره صاحب المسالك رحمه الله تعالى والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ١٧٩ قوله رحمه الله: «لو أخرج قدر النصاب دفعة وجب القطع، ولو أخرج

مراراً في وجوبه تردّد أصحّه وجوب الحدّ، ينشأ التردّد من العموم ومن الأصل. حجة القائل بوجوب الحد لو أخرج النصاب مرّات متعدّدة، هو أنّه يصدق عليه إخراج النصاب من الحرز، واشترط الدفعة الواحدة في الإخراج، غير معلوم عند المصنّف، وفاقاً للمحكّي عن المبسوط والسرائر والجواهر ولا فرق بين الدفعات، طال الزمان أم قصر، والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بعدم القطع هو عدم صدق السرقة من الحرز في الدفعة الثانية بعد الهتك للحرز في المرّة الأولى خصوصاً مع طول المدة الزمانيّة بين الدفتين، بحيث يعدّ الجميع في العرف سرقة واحدة، إذ العرف المدار عليه، مع عدم علم المالك وإهماله ولا أقلّ من أن يكون ذلك هو المتيقّن، وغيره شبهة يسقط معها الحدّ، بل هو خيرة الفاضل في القواعد، ولذا كان المحكّي عن أبي الصلاح اعتبار ذلك، أي قصر الزمان بين الدفتين حتى تكون سرقة واحدة عرفاً وقواه في المسالك والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ١٨٠ قوله رحمه الله: «وهل يشترط من أهل الرية فيه تردّد أصحّه أنّه لا يشترط مع العلم بقصد الافاضة»، وجه التردّد من عموم الآية، ومن القدر المتيقّن.

حجة القائل بعدم الإشتراط، هو عموم الآية الشريفة «إنما جزاء الذين يجاربون الله ورسوله»^١ جمع معرف يدلّ على العموم، ولصحيحة ابن مسلم «عن الباقر عليه السلام قال: من شهر السلاح في مصر من الأمصار ففقر اقتص منه ونفي من تلك البلد، ومن شهر السلاح في مصر من الأمصار وضرب وعقر وأخذ المال ولم يقتل، فهو محاسب فجزاؤه جزاء المحارب، وأمره إلى الإمام، إن شاء قتله وصلبه، وإن شاء قطع يده ورجله، قال: وإن ضرب وقتل وأخذ المال فعلى الإمام أن يقطع يده اليمنى بالسرقة، ثمّ يدفعه إلى أولياء المقتول فيتبعونه بالمال ثمّ

يقتلون»^١ الى آخر الحديث أخذنا منه محل الحاجة في الحديث علق الحكم وإن لم يكن من أهل الريبة إذا جرد السلاح لإخافة الناس والله سبحانه العالم. حجة القائل بالإشتراط، هو أنه المتيقن والحدود تدرأ بالشبهات، وظاهر النهاية والقاضي والرّاوندي 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 للمجرد مع ضعفه عن الإخافة نردّد أشبه الثبوت» وجه التردّد من العمومات، ومن القصد المذكور.

حجة القائل بثبوت الحكم، أي حكم المحارب، هو عموم الآية السابقة «الذين يحاربون الله ورسوله» واستقره في القواعد، وعليه يكتفى بقصد الإخافة فقط ولهذا قال المصنف: أشبه الثبوت، وفي الجواهر قد يقال إنّ ضعفه عن الإخافة لمعظم الناس لا ينافي قوّته على الإخافة لما هو أضعف منه، ولمن لا يعقل كالطفل والمجنون ونحوهما، ومن هنا أتجه منع اعتبار الشوكة، إلى آخر كلامه رحمه الله تعالى.

حجة القائل بعدم ثبوت الحكم، هو عدم اندراج مثل ذلك، مع فرض الضعف عن الإخافة مطلقاً، لكلّ أحد في إطلاق الآية الشريفة ونحوها، خصوصاً بعد ما ذكر في القواعد من اعتبار الشوكة، المعلوم انتفائها في مثل الفرض، المعتضد بدرأ الحدّ بالشبهة وغيره، إلى غير ذلك ممّا ذكر في الكتب المطولة، ولا يسع ذكرها في هذا المختصر، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ١٨٥ قوله رحمه الله: «لوزوج بنته المسلمة لم يصحّ لقصور ولايته عن التسلط على المسلم، ولوزوج امته في صحّة نكاحها تردّد أشبه الجواز، منشأ التردّد من الأصل، ومن انتفاء السبيل.

١- الوسائل الباب ١ من ابواب حد المحارب الحديث ١.

حجة القائل بجواز تزويج المرتد عن ملة أمته المسلمة هو الأصل، أي أصالة بقاء ولايته عند الشك في زوالها، ولقوة الولاية المالكية، ومن أجل ذلك يملك الكافر المسلم، وإن أخبر على بيعه ويقدم اختياره المشتري على اختيار الحاكم الشرعي، لهذا قال المصنف أشبهه الجواز، كما عن التحرير للعلامة الحلبي استقرب بقاء ولايته عليها، والله سبحانه العالم.

حجة القائل بعدم الجواز وعدم صحة النكاح هو انتفاء السبيل في قوله تعالى «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً»^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 لثبوت الحجر عليه المانع منها مطلقاً.

ج ٤ ص ١٨٦ قوله رحمه الله: «إذا قتل المرتد مسلماً عمداً فلولي قتلته فوراً، ويسقط قتل الردة، ولو عفا الولي قتل بالردة، ولو قتل خطأ كانت الدية في ماله مخففة مؤجلة لأنه لا عاقلة له على تردّد، ينشأ التردّد، من أنه لا عاقلة له، ومن أن المسلمين يرثونه.

حجة القائل بثبوت الدية في مال المرتد عن ملة إذا قتل مسلماً خطأ، هو أنه لا عاقلة له، وهي مخففة لا مغلظة إلى ثلاث سنين، ولأن المسلمين لا يعقلون كافراً ولا الكفار لأنهم لا يرثونه فلا يعقلونه كما عن إطلاق المبسوط والمحقق في الشرائع، وقد صرح بالإطلاق القواعد.

حجة القائل بثبوت الدية على العاقلة من المسلمين، هو أنهم يرثونه ومن كان الإرث له كان العقل عليه، وهذا أوفق بالقواعد والله العالم.

ج ٤ ص ١٨٦ قوله رحمه الله: «وفي القصاص تردّد لعدم القصد إلى قتل المسلم» ينشأ التردّد من تحقق قتل المسلم، ومن عدم صدق القصد.

حجة القائل بثبوت القصاص، هو تحقق قتل المسلم ظلماً ويشمله عموم النفس بالنفس^١ وقال به الشيخ في محكي المبسوط والخلاف وابن شهر آشوب في محكي متشابه القرآن، لأنه 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.

حجة القائل بثبوت الدية دون القصاص، لأن مثل هذا القتل لا يسمى عمداً، فإن قوله تعالى «ومن يقتل مؤمناً متعمداً»^٢ ونحوه ظاهر في إرداة العمد إلى متحقق الوصف، ويؤيده قتل بعض الصحابة المسلمين، وأن الرسول صلى الله عليه وآله تبرأ من عمله، ومع ذلك لم يقتل القاتل به لأنه أخطأ في ظنه أن إسلامه صوري وليس بواقعي، وقد قال له رسول الله صلى الله عليه وآله: هلا شفقت قلبه، كما تجد القصة في تفسير قوله تعالى «ولا تقولوا لمن أتى اليكم السلام لست مؤمناً»^٣ كما يؤيده أيضاً ما ذكره الفقهاء في مسألة تفرس الكفار بالمسلمين حيث يقتلهم المسلمون، والدية على بيت المال، أنه قتل المسلم عمداً. وكانه لذا حكم الشيخ في محكي الخلاف من كتاب زكاة الفطرة، إن من قتل مسلماً في دار الحرب بظن أنه كافر لم يكن عليه أزيد من الكفارة، هذا بالإضافة إلى أن القصاص حد يدرأ بالشبهة وفي المقام أظهر مصاديق الشبهة، وهذا أفتى في المسالك والجواهر، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ١٩٢ قوله رحمه الله: «إذ آذب زوجته تأديباً مشروعاً، فماتت قال الشيخ: عليه دينها لأنه مشروط بالسلامة، وفيه تردد» وجه التردد من أنه تعزير سايع، ومن أنه مشروط.

١ - سورة المائدة آية ٤٥.

٢ و ٣ - سورة النساء آية ٩٣ - ٩٤.

حجّة القائل بالضمان ووجوب الدية على الزوج، هو أن الظاهر الإتفاق على أن تأديب الولد مشروط بالسلامة، وأنه يضمن الوالد ما جنى عليه بسبب التأديب، وإنما الخلاف في تأديب الزوجة، قال الشيخ وجماعة إذعوا أن الحكم في الزوجة كالولد، وبه قطع في الدروس والاذن الشرعي في التأديب، لا ينافي الضمان المستفاد من عموم الأدلة.

حجّة القائل بعدم الضمان، هو أنه تأديب سايع، وتعزير جائز، فينبغي أن لا يوجب ضماناً، كالتعزير الحاصل من الحاكم وإذن الشارع فيه إذن في لوازمه، ولذا تردّد المحقق والقواعد في مسألة تأديب زوجته، والمقتضي لجواز تأديب الزوجة قويّ مدركاً، حيث إنه منصوص 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 رحمه الله: «وإن كان أجنبياً، ففي القود تردّد الأشبه لديه في ماله» وجه التردّد، من شرط السلامة، ومن عدم قصد القتل.

حجّة القائل بثبوت القصاص فيمن كان به سلعة وهي العقدة في الرأس أو البدن، إذا كان بالغاً عاقلاً، وأمر إنساناً بقطع سلعته، فاتفق أن مات بذلك، فعليه أي القاطع القود، لأنه مباشر وحصل بفعله، وفي الدروس أطلق الحكم بالقصاص على القاطع، قاطعاً به. وفي الجواهر يعلم من ذلك كنهه، إشتراط السلامة فيما يفعله من الإحسان والمصلحة، فمع فرض عدم مصادفة ذلك في الواقع يترتب الضمان، لإطلاق دليله والله العالم.

حجّة القائل بثبوت الدية وسقوط القصاص عن القاطع، هو أنه محسن وما

على المحسنين من سييل، وللأصل وأنه من شبيهه العمد ولم يقصد القتل ولم يكن قطع السلعة ممّا يقتل غالباً، وفي المسالك: يجب الدية خاصة كما اختاره المصنف.

أقول: ثبوت الدية لا يخلو من قوة، والله سبحانه العالم.

كتاب القصاص

ج ٤ ص ١٩٦ قوله رحمه الله: «أما لو حبس نفسه يسيراً لا يقتل مثله غالباً ثم أرسله فمات ففي القصاص تردّد والأشبهه القصاص» منشأ التردّد، من عدم القتل غالباً، ومن قصد الفعل فاتفق القتل.

حجّة القائل بعدم كونه عمداً هو، أنه قصد الفعل فاتفق القتل، كالضرب بالعصا والعود الخفيف وحبس النفس قليلاً، فالأشهر، بل الأظهر: أنه ليس بعمد يوجب القود، بل شبهه 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: أرمي الشاة فأصيب رجلاً قال: هذا الخطأ الذي لا شك فيه، والعمد الذي يضرب 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 يتكلم فهو يشبه العمد فالدية على القاتل»^٢ إلى آخر الحديث والله أعلم.

حجّة القائل بثبوت القصاص، هو أنه عمد يجب فيه القود وهو اختيار الشيخ في المبسوط، لرواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لو أن رجلاً

ضرب رجلاً بخزفة، أو بأجرة، أو بعود فات كان عمداً»^١ ومثلها رواية جميل بن دراج عن بعض أصحابنا «عن أحدهما عليهما السلام قال: قتل العمد كلما عمد به الضرب فعليه القود، وإنما الخطأ أن تريد الشيء فتصيب غيره»^٢ وبهذا المعنى رواية الحلبي قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: العمد كل ما اعتمد شيئاً فأصابه بحديدة، أو بججر 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 فيما دون النفس، فلو قال: إقطع يد هذا، أو هذا، وإلا قتلنك فاختر المكره أحدهما في القصاص تردّد» منشأ التردّد، من عدم إمكان التخلّص، ومن تحقّق الإختبار بالقصد.

حجّة القائل بثبوت القصاص على الأمر دون المباشر، هو عدم التخلّص من الجميع فجاز له القطع لتعارض الأهمّ والمهمّ، فكان كالالّجاء إلى واحد منها، وقوّاه في المسالك، وقال: لأنّ القصد إلى التعيين من ضرورة الإكراه فهو ملجأ إلى ابراز أمر كّي في الوجود لا يتمّ إلا بايجاده في شخص معيّن، ولأنّ الإكراه على المعيّن تخيير في الأوقات، حيث لا يكرهه على التعجيل وكما أنّ تعيين وقت الفعل إذا جاء باختياره لا يخرجّه عن حدّ الإكراه، فكذا التخيير في صفة القتل والإتفاق على أنّه غير قادح، فكذا في المتنازع فيه كما ذكره في المسالك.

أقول: ثبوت القصاص على المكره بالكسر محلّ 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 لأن صدور القطع منه، ليس عدواناً وظلماً الذي هو الموضوع للقصاص وتثبت عليه، لأن قطع يد المسلم لا تذهب هدرأً، كما أشار إليه في مباني تكملة المنهاج، فراجع وتأمل.

حجة القائل بعدم ثبوت القصاص على الأمر هو أن التعيين عار من الإكراه، فيكون المباشر مختاراً في ذلك إذ الأمر بالكلي الذي منه الأمر الإكراهي، ليس أمراً بجزء من جزئياته على اليقين، وإن كان هو لا يتحقق إلا بأحدهما، فهو أي المأمور المكره تحقق منه الإختيار بالقصد إلى أحدهما، ولم يكرهه الأمر عليه بخصوصه، وقد تحقق في الاصول كما قدمنا أن الأمر بالكلي ليس أمراً بجزئي من جزئياته على التعيين، كما ذكره صاحب المسالك، والحاصل أنه يثبت على المباشر الدية دون القصاص باعتبار ما قدمناه، من أن لا يضيع قطع يد مسلم هدرأً والله أعلم.

ج ٤ ص ٢١١ قوله رحمه الله: «ولو قتل الذمي مسلماً عمدأً دفع هو وماله إلى أولياء المقتول، وهم مخيرون بين قتله واسترقاقه، وفي استرقاق ولده الصغار تردد أشبه بقاؤهم على الحرية»، وجه التردد، من تبعية الولد لأبيه، ومن أصالة بقائهم على الحرية.

حجة القائل باسترقاق أولاده الصغار هو، أنهم تابعون لأبيهم وقد ثبت له الإسترقاق، ولأن المقتضي لحقن دمه وماله ونفي استرقاقهم، هو التزامهم بشروط الذمة وبقتل الذمي للمسلم خرق الذمة، فتجري عليه أحكام أهل الحرب التي من جملتها إسترقاق أصاغر أولاده، وحكي عن المفيد وسلاّر وأبي حمزة ذلك للتبعية المذكورة.

حجة القائل لعدم الاسترقاق هو أصالة بقائهم على الحرية لانعقادهم عليها

وجناية الأب لا تخطاه لقوله تعالى «ولا تزر وازرة وزر اخرى»^١ ومن منع استلزام القتل خرق الذمة مطلقاً ورواية ضريس الكناسي عن أبي جعفر وابن سنان «عن أبي عبدالله عليه السلام في نصراني قتل مسلماً فلما اخذ أسلم قال: اقتله به، قيل: فإن لم يسلم؟ قال: يدفع إلى أولياء المقتول، فإن شأوا قتلوا، وإن شأوا عفوا، وإن شأوا استرقوا، وإن كان معه عين مال قال: دفع إلى أولياء المقتول وماله»^٢ الحديث. فهي أي الرواية خالية عن ذكر أو حكم أولاده و أصالة 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 الاسترقاق كما في المسالك واستظهر ذلك المصنّف في المتن وفاقاً لابن إدريس، ومن تأخر عنه للأصل المذكور.

أقول: الأجود عدم الاسترقاق ولا يخلو من قوّة، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ٢١٣ قوله رحمه الله: «وإن حصلت سرابة وهو مرتد ثم عاد وتمت السرابة حتى صارت نفساً، ففي القصاص تردّد، أشبه ثبوت القصاص» وجه التردّد من تخلّل الهدر بين الجرح والموت، ومن التكافؤ عند الموت.

حجّة القائل بعدم القصاص هو أنّ السبب المقتضي للقصاص هو السرابة مركبة من أجزائها الواقعة زمن العصمة، وغيره، فيكون موته بسببين، أحدهما مضمون، والآخر غير مضمون، ولأنّه صار إلى حالة لو مات فيها لم يجب القصاص، فصار ذلك شبهة دائرة له، وقال الشيخ في المبسوط واتباعه معللاً أنّ وجوبه مستند إلى الجنابة، وكل السرابية وهذه بعضها هدر، أي في حال الردة،

١ - سورة الانعام آية ١٦٤.

٢ - التهذيب ج ١٠ ص ١٩٠.

فلم تكن السراية بأجمعها مضمونة، بعد فرض مقارنة بعضها لحال الإرتداد، والقصاص لا يتبعص كما في الجواهر.

حجة القائل بثبوت القصاص هو أنه مضمون بالقصاص في حالتي الجرح والموت، فلا نظر إلى ما يتخللها، ولأنّ الجناية مضمونة قطعاً، وليست خطأً؛ لأنه الغرض، ولا على غير المكافئ، والعمد موجب للقود، حيث كان مضموناً مع المكافأة، ولأنه كشريك السبع، فإنه يقتص منه وإن كان للسبع شركة، واختاره المصنّف، وقبله الشيخ في الخلاف والفاضل وغيره والمحكي عن أبي علي والشيخ في الخلاف: أن الإعتبار في الجناية المضمونة بحال الإستقرار والفرض أنه مسلم حالته، فلا يسقط الضمان بالإرتداد المتخلل بين الإرتداد والإستقرار، بعد تحقّق عنوان القصاص، واستظهر ثبوت القصاص في مباني تكلمة المنهاج، قال: والوجه فيه أنه مسلم حال الموت، وإن كان ارتداده عن فطرة فضلاً عن غيره فهو مسلم حقيقة، وتترتب عليه أحكام الإسلام، وعليه أن شرط القصاص وهو التساوي في الدين موجود.

أقول: على هذا القول بثبوت القصاص لا يخلو من قوة.

ج ٤ ص ٢١٣ قوله رحمه الله: «إذا قتل مرتد ذمياً، في قتله تردّد» ينشأ التردّد من تحرم المرتد بالإسلام ومن أن الكفر كالملة الواحدة.

حجة القائل بعدم القصاص في المرتد إذا قتل ذمياً هو: محترم بالإسلام، ولهذا لم يجز للمرتد نكاح الذمّية، ولا يرثه وارثه الذمّي، بل يرثه الإمام مع فقد المسلمين بخلاف الذمّي، ولأنه يجب عليه قضاء الصلوات، ويحرم استرقاقه، ولا يمكن الذمّي من نكاح المرتدة، فكما امتنع القود مع حقيقة الإسلام، فكذا مع حكمه، كما ذكره في المسالك.

حجة 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 يقتضى خروج المفروض، وقوى المصنّف قتل المرتدّ بالذميّ واستظهره في المسالك وهو قول الشيخ في الخلاف والمبسوط، والفاضل وغيره، ممّن تأخّر عنه، والوجه ما أشار إليه، من أنّ الكفر كالملة الواحدة.
أقول: القول بالقصاص لا يخلو من قوّة، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ٢١٣ قوله رحمه الله: «لو قتل ذميّ مرتدّاً قتل به، لأنّه محقون الدم بالنسبة إلى الذميّ أمّا لو قتله مسلم فلا قود قطعاً، وفي الدية تردّد: والأقرب أنّه لا دية» وجه التردّد، من أنّه مباح الدم، ومن أنّه محقون الدم بالنسبة إلى غير الإمام فتجب الدية.
حجّة القائل بعدم وجوب الدية إذا قتل المسلم المرتدّ، هو الأصل وعدم احترام نفسه وإن أثم غير الإمام بقتله، واستقرب ذلك المصنّف رحمه الله والفاضل وغيرهما، إذ لا قصاص على قاتله، بل ولا دية، لأنّه مهذور الدم بين المسلمين.

أقول: هذا القول قويّ، لأنّه لا دليل على ثبوت الدية في قتل المسلم الكافر غير الذميّ والله العالم.

حجّة القائل بثبوت الدية، هو أنّه محقون الدم بالنسبة إلى غير الإمام، وأنّ دعوى اختصاص عدم الإحترام بالنسبة للمسلمين خاصة، لا دليل عليها، ومن هنا احتمل وجوب الدية، 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 مدعيّن له كالأمة أو الموطوءة بالشبهة في الطهر الواحد فقتلاه قبل القرعة لم يقتل به، لتحقق الإحتمال بالنسبة إلى كلّ واحد منها ولو رجع أحدهما ثمّ قتلاه لم يقتل الراجع، والفرق أنّ البنوة هنا تثبت بالفراش لا بمجرد الدعوى، وفي الفرق تردّد» وجه التردّد من الفراش المشترك، ومن اعتراف الراجع بما يستلزم القود.

حجّة القائل بعدم القصاص على أحدهما هو المشهور، بخلاف السابق، يعني

بعد القرعة، والفرق بين المقامين ما أشار إليه المصنّف، من أنّ البنوة هنا تثبت بالفراش المشترك بينهما، كما تثبت تبعاً للفراش المنفرد، على ما تقرّر في بابه، وهذا الأمر لا يدفعه الرجوع بخلاف المدّعي للبنوة بغير فراش فإنّ ثبوت الولادة فيه تابع للدعوى، وهذا الحكم تبعاً للفرق المذكور جزم الشيخ في المبسوط والعلامة في كتبه، وتردّد به المصنّف.

حجّة القائل بثبوت القصاص على الراجع هو اعتراف الراجع بما يستلزم ثبوت القود عليه، فيلزم بموجب اقراره وجزم الكركي في حاشية الكتاب بقتل الراجع أيضاً، ومن أنّ الرجوع هنا صحيح قطعاً، ناف للنسب عن الراجع من غير لعان، فتنسب الابوة المانعة من القصاص، فيثبت عملاً بمقتضى الأدلّة، وعدم المانع، كما ذكره صاحب الجواهر والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ٢١٦ قوله رحمه الله: «وفي ثبوت القود على السكران تردّد: والثبوت أشبه» ينشأ التردّد من أنّ الشارع لم يعذر السكران مطلقاً، ومن انتفاء القصد بالعمد.

حجّة القائل بثبوت القود على السكران مطلقاً هو أنّ الشارع المقدّس لم يعذر السكران مطلقاً، بل نزله منزلة الصاحي فيقتص منه، وهو اختيار الأكثر كما في المسالك بل قد يظهر من غاية المراد نسبته إلى الأصحاب مشعراً 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 فيسكرون، فيتباعجون بسكاكين كانت معهم، فرفعوا إلى أمير المؤمنين عليه السلام فسجنهم، فمات منهم رجلان وبق رجلان، فقال أهل المقتولين: يا أمير المؤمنين أقدهما بصاحبينا فقال للقوم: ما ترون، فقالوا: نرى أن تقيدهما، فقال عليّ عليه السلام للقوم: فلعلّ ذينك اللذين ماتا، قتل كلّ واحد منهما صاحبه، قالوا: لا ندري، فقال عليّ عليه السلام: بل أجعل دية المقتولين على

قبائل الأربعة، وأخذ 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 بينهما فقوله (ع): فلعلّ إلى آخره ظاهر في المفروغية عن كون القود عليهما، لو فرض العلم بأن الباقيين قتلاهما، وهذا ما في الجواهر والله سبحانه العالم.

حجة القائل بعدم ثبوت القود على السكران، هو أن القصد شرط في العمد، وهو منتف في حقه، وتنزله منزلة الصاحي مطلقاً ممنوع، 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: «أما من ينج نفسه أو شرب مرقدًا، لا لعذر، فقد ألحقه الشيخ بالسكران، وفيه تردّد» وجه التردّد: من مساواته له في المقتضي، ومن قوة المؤاخذه.

حجة القائل بثبوت القصاص على من ينج نفسه، أو شرب مرقدًا، هو أنّ الشيخ الطوسي ألحقه بالسكران في ثبوت القصاص عليه، بل عن الشيخ أيضاً: إلحاق شارب الأدوية المبتنجة بغير عذر، كل ذلك للتساوي في زوال القصد، بالإختيار، لا لعذر، ووافقه الفخر في الإيضاح كما ذكره صاحب الجواهر.

حجة القائل بعدم ثبوت القصاص، هو عدم الدليل على إلحاق، 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، فإلحاقه بالسكران بعيد، كما في المسالك والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٢١٦ قوله رحمه الله: «وفي الأعمى تردّد: أظهره، أنه كالمبصر في توجّه القصاص بعمده» ينشأ التردّد من أنه كالمبصر، لوجود المقتضي، ومن الروايات أنّ عمده خطأ.

حجّة القائل بوجود القصاص على الأعمى بتعمّد 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 الأدلّة من الآيات والروايات المتناولة له، وانتفاء التخصيص لما ذكرناه، وذهب ابن إدريس، وجملة من المتأخّرين، إلى أنّ الأعمى كالمبصر في وجوب القصاص، كما ذكره صاحب الجواهر واستظهر ذلك المصنّف والله أعلم.

حجّة القائل بعدم توجّه القصاص على الأعمى، هو الأظهر، نعم تثبت الدية على عاقلته وإن لم تكن له عاقلة، فالدية في ماله، وإلا فعلى الإمام عليه السّلام، وفاق لجماعة من القدماء منهم الشيخ وأبو علي والصهرشتي، والطبرسي، وابنا البرّاج وحمزة، وظاهر الصدوق رحمه الله تعالى، بل في غاية المرام إنّ هذا هو المشهور بين الأصحاب ووافقه في ذلك الشهيد الثاني في روض الجنان وتدلّ على ذلك صحيحة الحلبي «قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عيناه على خديّه، فوثب المضروب على ضاربه فقتله، قال: فقال أبو عبد الله عليه السّلام: هذان متعدّيان جميعاً، فلا أرى على الذي قتل الرجل قوداً، لأنّه قتله حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأ، يلزم عاقلته يؤخذون بها في ثلاث سنين، في كلّ سنة نجماً فإن لم يكن للأعمى عاقلة، لزمته دية ما جنى في ماله، يؤخذ بها في ثلاث سنين ويرجع الأعمى على ورثة ضاربه بدية عينيه»^١.

١ - الوسائل الباب ١٠ من ابواب العاقلة الحديث ١.

و معتبرة أبي عبيدة «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمى فقأعين صحيح فقال: إن عمدا الأعمى مثل الخطأ هذافيه الدية في ماله، فإن لم يكن له مال، فالدية على الإمام عليه السلام ولا يبطل حق امرء مسلم»^١ إلى غير ذلك كما ذكره في المسالك.

أقول: عمدا الأعمى لا يعلم إلا بالإقرار منه، وإلا فالمسألة مشكلة والله أعلم. ج ٤ ص ٢١٧ قوله رحمه الله: «ولو حرر الدعوى بتعيين القاتل وصفة القتل ونوعه، سمعت دعواه، وهل تسمع منه مقتصراً على مطلق القتل، فيه تردد أشبه القبول» ينشأ التردد من انتفاء فائدة الدعوى، ومن احتمال علم الولي بصدور القتل.

حجة القاتل بعدم سماع الدعوى هو انتفاء فائدة الدعوى حيث لم يبين أنه عمداً أو خطأ محض أو شبيهه عمداً، وقع بالإشتراك أو الانفرد، لأنه بدون تفصيل، حيث لا يمكن استيفاء موجهها من دون العلم بصفتها فلا تفيد الشهادة على مقتضاها ولا اليمين كما في المسالك؛ وفي القواعد جعل من شرائط سماع الدعوى أن تكون مفصلة، لكن قال أيضاً: فلو أجمل استفصله الحاكم، ورد هذا أن مقتضى كون ذلك شرطاً أن للحاكم الإعراض عنه، حتى يذكرها مفصلة، إلى آخره والله العالم.

حجة القاتل بسماعها مطلقة هو احتمال علم الولي بصدور القتل من شخص، وجهله بصفة القتل فلو لم تسمع دعواه، لزم ضياع الحق وقد تقدم البحث في سماع الدعوى المجملة مطلقاً في القضاء، ثم على تقدير القبول لو ثبت المطلق بالشهادة.

كذلك وباليمين رجع إلى الصلح ويحتمل ثبوت الدية إحتياطاً في الدماء واقتصاراً على المتيقن ويشكل بمنع كون ذلك هو المتيقن، لأن القتل أعم من

١- الوسائل الباب ٢٥ من ابواب القصاص في النفس الحديث ١.

كونه موجباً للدية على القاتل، كما لا يخفى كما في المسالك واستقرب المصتف سماعها أي أنها على إجمالها مسموعة، لكن مع الإستفصال بل هو ظاهر الفاضل وفي الجواهر المتجه أن يقال بعدم لزوم الإستفصال، مع فرض سماعها مجملة، نعم لولم نقل بسماعها مجملة، أمكن القول حينئذٍ بسماعها مع الإستفصال، لأن الأصل في الدعوى القبول حتى يتحقق أنها مجملة، إلى آخر ما ذكره رحمه الله، والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٢١٧ قوله رحمه الله: «ولولم يبين قبل طرحت دعواه وسقطت البيّنة بذلك، إذ لا يمكن الحكم بما وفيه تردّد» وجه التردّد من عدم الفائدة، ومن إمكان إثبات أصل القتل. حجة القائل بطرح الدعوى وسقوط البيّنة هو عدم الفائدة فيها إذ بدون العلم بصفة الدعوى من العمد أو الخطأ فلا تفيد الشهادة على مقتضاها، ولا يمين، وقال الشيخ في المحكيّ عن المبسوط طرحت الدعوى وسقطت البيّنة بذلك، إذ لا يمكن الحكم بها.

حجة القائل بسماع الدعوى هو أن مقتضى الإطلاقات سماعها كما تقدّم في المسألة السابقة، إذ قد يعلم الوليّ بصدور القتل من شخص، ويجهل صفة القتل من عمد أو خطأ، ولولم تسمع دعواه، لزم ضياع الحق وطلّ الدم، بل ظاهر المصتف اختياره أي السماع فيما تقدم، بل ينبغي الجزم بذلك، بناءً على ما سمعته في المسألة السابقة، بل لا وجه لعدم السماع هنا، بناءً على ترتب الدية، مع ثبوت أصل القتل احتياطاً في الدماء واقتصاراً على المتيقّن، وإن كان قد يشكل بمنع كون ذلك هو المتيقّن لأنّ القتل أعمّ من كونه موجباً للدية أو القتل، لكن يمكن دفع الإشكال بأنّه يستفاد من استقرار النصوص منها «لا يطلّ دم امرء مسلم»^١ ثبوت الدية مع عدم العلم بصفة القتل كما ذكر ذلك كلّ

١ - الوسائل الباب ١٩ من ابواب القصاص في النفس الحديث ١.

صاحب الجواهر والله العالم.

ج ٤ ص ٢٢٠ قوله رحمه الله: «لو شهدا لمن يرثانه أن زيدا جرحه بعد الإندمال، قبلت، ولا تقبل قبله، لتحقق التهمة على تردّد» وجه التردّد من أنه يجربها نفعاً، ومن عدم ثبوت الردّ بمطلق التهمة.

حجّة القائل بعدم قبولها ممن يرثه هوأنه تقدّم في باب الشهادات إن من شرط قبول الشهادة الإنفكاك عن التهمة، وإن من أسباب التهمة أن يجرب بالشهادة نفعاً إلى نفسه، أو يدفع بها ضرراً، فمن صور الجرح أن يشهد على جرح مورثه قبل الإندمال، لأنّه لو مات كان الإرث له، فكأنّه يشهد لنفسه، ولو كان بعد الإندمال قبلت، لإنتفاء المانع، وكذا لو شهد قبل الإندمال ثم أعادها بعده، لإنتفاء التهمة الثابتة بسبب الجرح مترتبة 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 للمشهد له، وإن انتقل عنه بعد إلى الشاهد، فليست الشهادة ممّا يجرب نفعاً لنفسه ابتداءً لإمكان البرء من مرضه أو يوصي به إلى آخر ما فصله صاحب المسالك، فالشهادة بالجرح كذلك تقبل بدعوى أن الدية لا تنتقل إلى الوارث ابتداءً، بل يتلقاها عن الميت، ومن ثمّ قضى منها ديونه ونفذت منها وصاياه، فتكون كالشهادة على المال، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٢٣ قوله رحمه الله: «ولو قال الشاهد قتله أحد هذين كان لوثاً، ولو قال قتل أحد هذين لم يكن لوثاً، وفي الفرق تردّد» منشأ التردّد من احتمال عدم اللوث فيها، ومن احتمال اللوث في الأمرين.

حجّة القائل بعدم اللوث في الموردين هو الإشتراك في الإبهام المانع من حصول الظن بالمعيّن، واحتمال القول أن إطلاق الأدلة يقتضى سماع دعوى

المدعي في نحو ذلك ، لعدم معلومية خروج هذا الفرد منها ، يدفعه ، مع أن مقتضاه عدم الفرق بينها ما عرفته من الإجماع على اعتبار الامارة ، التي تشهد بصدق المدعى المقيّد للإطلاق المزبور ، ولا ريب في عدم حصولها على المعين فيها للإشتراك فلا بدّ من أمانة اخرى على المعين حتى يكون لوثاً وإلا فلا يكفي القدر المشترك ، إلى آخر ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله عليه .

حجّة القائل باللوث فيها هو باعتبار حصول الأمانة على دعوى المدعي ولو في الجملة ، وحصول الأمانة الشاهدة بصدق المدعى من غير فرق في ذلك بين القاتل والمقتول ، وكان المصنّف وغيره لاحظوا ذلك فذكروا التردّد في الفرق ، فيكون المراد أنه لوث فيها ، لا أنه ليس لوثاً فيها كما ذكره صاحب الجواهر .

أقول: ما ذكره ليس ببعيد لما له من شبهة فيما تقدّم من مسائل هذا الباب وله في بعض النصوص^١ شاهد على عدم إبطال دم المسلم . فراجع وتأمل والله أعلم بالصواب .

ج ٤ ص ٢٢٤ قوله رحمه الله: «ولو كان المدعى عليهم أكثر من واحد ففيه تردّد أظهره أن على كلّ واحد خمسين يمينا كما لو انفرد ، لأنّ كلّ واحد منهم يتوجه عليه دعوى بانفراده» منشأ التردّد من أصالة براءة الذمة من الرائد ، ومن أن الدعوى واقعة على كلّ واحد منهم .

حجّة القائل بالإكتفاء بالخمسين يمينا هو المحكي عن الشيخ الطوسي في الخلاف إكتفى بالخمسين منهم أجمع ، مدّعياً عليه الإجماع أي إجماع الفرق وأخبارهم وأصالة البراءة أي براءة الذمة من الزائد ، وقد ورد في بعض النصوص^٢ من أنه إذا ادعى الرجل على القوم أنهم قتلوا كانت اليمين لمدعي الدم قبل

١ - الوسائل الباب ٨ من ابواب دعوى القتل وما يثبت به عدّة روايات .

٢ - الوسائل الشيعة الباب ١٠ من ابواب دعوى انقتل وما يثبت به عدّة روايات .

المدعى فعلى المدعى أن يجيء بخمسين يخلفون أن فلاناً قتل فلاناً، فيدفع إليهم الذي حلف عليه، وإن لم يقسموا فإنّ على الذين ادّعى عليهم أن يخلف منهم خمسون ما قتلنا وظاهره كفاية الخمسين وإن كان المدعى عليهم القوم، بل لعلّ إطلاق غيره أيضاً كذلك، والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بأنّ على كلّ واحد منهم خمسين يميناً هو المشهور بين الأصحاب، واستظهره المصنّف وفقاً للمبسوط وغيره ممن تأخّر عنه، ويدلّ على ذلك صحيحة بريد بن معاوية «عن أبي عبدالله عليه السّلام: حلف المدعى عليه قسامة خمسين رجلاً» 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 وعلّله بأنّ الدعوى واقعة على كلّ واحد منهم بالدم، ومن حكمها حلف المنكر خمسين يميناً.

أقول: هذا القول لا يخلو من قوّة، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ٢٢٥ قوله رحمه الله: «ويشترط في القسامة علم المقسم، ولا يكفي الظنّ وفي قبول قسامة الكافر على المسلم تردّد أظهره المنع» منشأ التردّد من إطلاق الروايات، ومن أنّها سبيل منفيّ.

حجّة القائل بقبول قسامة الكافر، هو إطلاق رواية ابن سنان «عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: سألته عن القسامة، فقال: هي حقّ، ولو لا ذلك لقتل الناس بعضهم بعضاً ولم يكن شيء، وإنّما القسامة حوط يحاط به الناس»^٢ وقوله عليه السّلام في حديث آخر «وإنّما القسامة نجاة للناس»^٣ وغير ذلك من الروايات ممّا يظهر منها مشروعية القسامة للتّاس كآفة الذي مقتضى أصالة الإشتراك، وليس المراد من هذه الأخبار أنّ القسامة شرعت للمسلمين خاصّة

كي يكون معارضاً بها، فيحتاج فيه إلى الجمع بالإطلاق والتقييد كما تختله بعض، وعدم ثبوت القود بالقسامة لعدم استحقاق الكافر له على المسلم، لا ينافي ثبوت القتل عمداً بها، لاستحقاق الدية كما لو قامت البيّنة ووجوب المال بها ابتداءً على المسلم كالشاهد واليمين، غير منافٍ لشيء من الأدلة بل إطلاقها يقتضيه، وذهب إلى هذا جماعة من الأصحاب، منهم الشيخ في محكي المبسوط والعلامة في المختلف كما في الجواهر، وقواه هو أيضاً.

حجة القائل بعدم قبول قسامة الكافر على المسلم، بل خاصة فيما إذا كان القتل مسلماً، هو خبر أبي بصير «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن الله حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم، حكم في أموالكم أن البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وحكم في دمائكم أن البيّنة على المدعى عليه واليمين على من ادعى لئلا يبطل دم امرئ مسلم»^١ كما أنّ الاستفادة من صحة ابن سنان أنّ جعل القسامة إنّما هو لتمنع الناس عن القتل مخافة القصاص «قال ابن سنان: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إنّما وضعت القسامة لعله الحوط يحتاط على الناس لكي إذا رأى الفاجر عدوه فرّ منه مخافة القصاص»^٢ وفي ذيل «صحيح بريد بن معاوية حاكياً عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: إنّما حقن دماء المسلمين بالقسامة»^٣ الحديث، واختار هذا القول أي عدم قبول القسامة 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 رحمه الله: «إذا اتهم والتمس الولي حبه حتى يُحضر بيّنة، ففي إجابته

١ و ٢ - الوسائل الباب ٩ من ابواب دعوى القتل حديث ٩٠٤.

٣ - الوسائل الباب ٩ من ابواب دعوى القتل حديث ٣.

تردد» منشأ التردد من الرواية، ومن تعجيل العقوبة.

حجة 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 صلى الله عليه وآله كان يحبس في تهمة الدم ستة أيام، فإن جاء الأولياء بيّنة ثبتت، وإلا خلى سبيله»^١ وفي المحكي 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، لا اعتضاد الخبر بعمل من عرفت، إلى أن قال: خصوصاً في المقام المطلوب فيه الإحتياط والتحفظ، إلى آخر كلامه رفع مقامه والله العالم.

حجة القائل بالعدم، هو أصل البراءة وغيره، وهو تعجيل عقوبة لا مقتضى له، ولذا كان خيرة الحلّي والفخر وجدّه وغيرهم على ما حكى العدم، وعن ابن إدريس أنه ردّ الرواية المذكورة محتجاً بمخالفتها للأدلة من تعجيل العقوبة قبل ثبوت موجبها، وفي المسالك: الأصح عدم الحبس قبل ثبوت الحقّ مطلقاً وفي اللمعة: فعدم جوازه أجود، أي عدم جواز الحبس.

أقول: القول بعدم الحبس مطلقاً ما لم يثبت الموجب لا يخلو من قوة، والله سبحانه العالم.

ج ٤ ص ٢٣١ قوله رحمه الله: «إذا قتل جماعة على التعاقب ثبت لولي كل واحد منهم القود ولا يتعلّق حقّ واحد بالآخر، فإن استوفى الأول سقط حقّ الباقي لا إلى بدل على تردد»، ينشأ التردد، من أن الواجب القصاص، ومن أن الدية لا تجب إلا صلحاً. حجة القائل بسقوط حقّ الباقي، هو أن الواجب القصاص عندنا، وقد فات محلّه، وليس المقام من اشتراك الأولياء في القصاص المقتضي لضمان المستوفي،

١- الوسائل الباب ١٢ من ابواب دعوى القتل حديث ١.

خصص الباقين كما عرفت، ضرورة استحقاق كلّ منهم القصاص مستقلاً لا مدخلية له في الآخر، كما هو واضح وكما عن الشيخين 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 يجني على أكثر من نفسه، والله سبحانه العالم بالصواب.

حجّة القائل بعدم سقوط حقّ الباقين، هو أنّ الجاني قد أتلف على كلّ واحد منهم نفساً كاملة لا تعلق لها بباقي النفوس المتلفة، وإنّما يملك الجاني بدلاً واحداً فكان لمن لم يتقصّ الدية، لتعذر البدل ولئلاّ يبطل دم امرئ مسلم.

ولفحوى ما تسمعه لو قتله أجنبيّ أو مات ولأنّ الوليّ لو انفرد كان له القصاص أو العفو على الدية، بل عن أبي علي والفاضل في الإرشاد وموضع من القواعد وولده في موضعين من الابضاح والمقداد، أنّ لغيره الدية أي لغير القاتل هذا، وفي المسألة مزيد بيان، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٣٢ قوله رحمه الله: «ولو قطعت يديه ورجليه فاقصص ثمّ سرت جراحاته كان لوليّه القصاص في النفس وليس له الدية، لأنّه استوفى ما يقوم مقام الدية، وفي هذا كلّ تردّد لأنّ النفس دية على انفرادها» وجه التردّد من الجمع بين العوض والمعوض، ومن أنّ للنفس دية على انفرادها.

حجّة القائل بالأول هو القول المحكيّ في المسائل الثلاث قبل التردّد للشيخ في المبسوط، ووجه الحكم أنّ المقتول إذا كان مقطوع اليد بجناية غير القاتل وقد اخذ ديتها، لا يقتل الجاني إلا بعد ردّ دية اليد فإذا أخذ منه الدية، فتؤخذ الدية إلا دية اليد، فكذا هنا، لأنّ كل واحد من المسلم والرجل قد استوفى عوض ما جني عليه، وهو قطع يد الذمي والمرأة فله الدية، إلا قدر ما استوفى وفي الثالثة يكون قد استوفى ما يقوم مقام الدية، وليس له غيره، كما لو أخذ دية اليد والرجل ولأنّه لو أخذ دية تامّة 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.

حجة القائل بالثاني هو الذي أشار إليه المصنف، من أن للنفس دية على انفرادها، وما استوفاه في الأعضاء سابقاً وقع قصاصاً فلا يمنع أخذ عوض النفس، وتقديره: أن العدوان قد حصل من الجاني فيثبت في مقابله بمثله أو بدله ما لم يمنع مانع، أما حصول العدوان فلأنه حصل بسراية مضمونة، وفرع المضمون مضمون، وأما وجوب المقابلة بالمثل، فلقوله تعالى «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»^١ والبدل لقوله تعالى «فقد جعلنا لوليّه سلطاناً»^٢ وثبوت كون الدية بدلاً عن النفس شرعاً، وأما عدم المانع فلأنه ليس الإستيفاء لبعض 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 رحمه الله: «إذا قطع يميناً فبذل شمالاً فقطعها المجنى عليه من غير علم قال في المبسوط: يقتضى مذهبنا سقوط القود وفيه تردّد لأن المتعّين قطع اليمنى فلا يجزي اليسرى مع وجودها» ينشأ التردّد من إطلاق اليد في الأدلة، ومن اعتبار المماثلة في القصاص.

حجة القائل بسقوط القصاص فيما إذا قطع المجنى عليه اليسرى هو إطلاق أدلة اليد باليد، وبه قال الشيخ في المبسوط: أن مقتضى مذهبنا سقوط القود، لأن اليسار تكون بدلاً عن اليمين في الجملة ولصدق اليد باليد في رواية حبيب

١ - سورة البقرة آية ١٩٤.

٢ - سورة الاسراء آية ٣٣.

السجستاني «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قطع يدين لرجلين اليمينين، قال: فقال: يا حبيب تقطع يمينه للذي قطع يمينه أولاً وتقطع يساره للرجل الذي قطع يمينه أخيراً، لأنه إنما قطع يد الرجل الأخير ويمينه قصاص للرجل الأول قال: فقلت: إن علياً عليه السلام إنما يقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى، فقال: إنما كان يفعل ذلك فيما يجب من حقوق الله تعالى فأما 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 المقتصر قطعاً، لأن الفرض جهله وكون الباذل المقتصر منه فلا عمد فيه إلى قطعها عدواناً كي يتحقق موضوع القصاص. والله أعلم.

حجة القائل بعدم سقوط القصاص هو أن المتعين القصاص قطع اليمين، فلا تجزى اليسرى مع وجودها، وعلى هذا يكون القصاص في اليمين باقياً، ولكن يؤخر حتى يندمل اليسار توقيماً من السراية على النفس، وهو خيرة أكثر المتأخرين، كما عن التهذيب بل عن المبسوط أنه قوي أيضاً وكشف اللثام قال: فيضمن نصف السراية، بخلاف ما لو قطع يدين فإنه يوالي بين القطع، فإن السراية إن حصلت فعن غير مضمون، وفي تكملة المنهاج اعتبار المماثلة في مفهوم القصاص وأن اليد اليسرى لا تكفي عن اليد اليمنى مع وجودها، والإطلاق قد قيّد بذلك أي بما يقتضيه مفهوم القصاص، فالمتجه أن للمجنى عليه أن يقطع يده اليمنى، والله سبحانه أعلم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٤٠ قوله رحمه الله: «ولو اتفقا على بذلها بدلاً لم تقع بدلاً، وكان على القاطع ديتها، وله القصاص في اليمنى لأنها موجودة وفي هذا تردد» ينشأ التردد من عدم مشروعية القصاص، ومن تضمنه العفو عما له القصاص.

حجة القائل بعدم وقوع اليسار بدلاً عن اليمين هو عدم صحة الاتفاق لعدم الإذن شرعاً في ذلك لأنه غير مشروع القصاص في غير محلّ الجناية، بل هو ليس قصاصاً، ولا إذن من الشارع للإنسان في بدنه، ومن هنا كان على القاطع ديتها مع الإشتباه وإلا فعليه القصاص، وله القصاص في اليمين لأنها موجودة، وقد بطل الإتفاق المزبور فهو على استصحاب بقاء حقه، كما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله تعالى.

حجة القائل بصحة البدلية بعد الاتفاق منها هو أنّ هذا يتضمّن العفو عمّا له من القصاص وإن كان الإتفاق غير صحيح كما قدّمنا، ولعلّ من ذلك يحصل الإشكال أيضاً، في القصاص لليسار أو الدية إذ احتمال ثبوت أحدهما على المقتضي مع سقوط حقه أصلاً في اليمين واضح الضعف، نعم قد يحتمل سقوط حقه من القصاص خاصة والانتقال الى الدية فيقاصان حينئذ مع التساوي، وإلا كما لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة اعطي التفاوت من كان عليه، هذا ما ذكره صاحب الجواهر أيضاً وفي المسألة تفصيل أكثر، فراجع وتأمل والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٢٤١ قوله رحمه الله: «ولو اختلفا فالقول قول الولي وفيه تردّد» ينشأ التردّد من أصالة عدم مضي المدة ومن أصالة ابرائه عن الزائد على نصف الدية.

حجة القائل بتقديم قول الولي في عدم مضي مدة يندمل في مثلها هو: الأصل، أي أنّ الأصل عدم مضي المدة فالولي في هذه المسألة كالجاني فيما سبق، وقال به الشيخ في المسوط وفي المسالك هذا هو الأشهر، والله أعلم.

حجة القائل بتقديم قول الجاني هو أصالة البراءة ممّا زاد على نصف الدية ومنه يعلم صحة ما ذكر سابقاً في الصورة الاولى، ولهذا تردّد ولا يبعد تقديم قول الجاني ترجيحاً لأصل براءة الذمة على عدم وجود سبب آخر وفيه زيادة بيان لا يسعه هذا المختصر، والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٢٤١ قوله رحمه الله: «ولوسرت إلى نفسه كان للولي القصاص في النفس بعد ردّ ما عفى عنه ولو صرح بالعفوصح فيما كان ثابتاً وقت الإبراء وهو دية الجرح، أما القصاص في النفس أو الدية ففيه تردد لأنه إبراء مما لم يجب» وجه التردد من أنه إسقاط ما لم يجب، ومن الأصل صحّة الإبراء والعتفو.

حجّة القائل بعدم صحّة العفو هو أنه إسقاط الشيء قبل ثبوته غير منظم هذا لواقترع على العفو عن الجناية أمّا لو أضاف إليه ما يحدث في اعتبارها فيما يحدث قولان أصحّها أنّ هذه الألفاظ لاغية ويلزمه ضمان ما يحدث كما ذكره صاحب المسالك والله أعلم.

حجّة القائل بصحة الإبراء وعدم لزوم ضمان ما يحدث هو أنّ الجناية على الطرف سبب لفوات النفس التي لا تباشر بالجنائية، ووجود السبب كوجود المسبب، ولوجوب الوفاء بالوعد، وعموم «المؤمنون عنه شروطهم» وعموم قوله تعالى «فمن تصدّق به فهو كفارة له»^١ وثبوت الإبراء عن الجناية قبلها شرعاً للطبيب والبيطار فيبينها وبين السراية أولى ولأنّ الأصل صحّة 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 والمقدّس الأردبيلي في مجمع البرهان لما قدّمناه، وفي المسألة تفاصيل في محلّها، فراجع وتأمل والله العالم.

كتاب الديات

ج ٤ ص ٢٤٥ قوله رحمه الله: «وهل تقبل القيمة السوقية مع وجود الإبل فيه تردّد و الأشبه لا، منشأ التردّد من أنها واجبة أصالة، ومن قيام القيمة مقامها. حجة 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 يلزمه 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 يجب على الجاني ذلك لو اقترحها الولي أي اقترح القيمة، ثم قال في الجواهر لا دليل على إجزاء القيمة حتى مع التعذّر أي تعذر الإبل، والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بصحة قيام القيمة السوقية مقام العين، ويحتمل وجوب القبول مع فقد القائل لها أي للإبل لما عرفت، مع أصالة البراءة واستضعفه في الجواهر وحكي عن مبسوط الشيخ من أنّ الذي يقتضيه مذهبنا أنّه إذا كان من أهل الإبل وبذل القيمة قيمة مثله كان له ذلك، ثم قال: وإن قلنا ليس ذلك كان أحوط، فأما إن كان من أهلها فطلب الولي القيمة، لم يكن قوله ذلك، واستضعف هذا في الجواهر، وقال: إنّ مقتضى المذهب وجوبها أجمع تحبيراً 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 تردّد، وجه التردّد من أصالة عدم التغليظ، ومن حصول سببه في الحرم.

حجة 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 إلحاق الحرم الشريف بالأشهر الحرم بوجهين ذكرهما وهما الإشتراك في الحرم، وتغليظ حرمة قتل الصيد في المقتضيان لتغليظ الدية نظر، وجه النظر إن هذا الإلحاق قياسي لا نقول به لأن الإشتراك في الحرم لا يوجب الإشتراك في الحكم وهو وهذا الحكم غير تام لتوقف المحقق والفاضل وأبي العباس والمقداد وغيرهم في ذلك، وذكر بعضهم عدم النص على ذلك لمناقشة بعضهم في أدلة المجوزين لتغليظ الدية في القتل في الحرم، والله العالم بالصواب.

حجة القائل بلزوم التغليظ هو الإجماع المحكي عن الخلاف قال الشيخ: إجماع الأمة وأخبارهم وعن غابة المرام والغنية الإجماع عليه، وقال به الأكثر كما عن كشف اللثام بل المشهور كما في مجمع البرهان بل في ظاهر المحكي عن الشيخ في موضعين 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 وثلاث»^١ الحديث، وروايته الثانية «قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل قتل رجلاً في الحرم قال: عليه دية وثلاث»^٢.

وعلى 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، وأما الروايتان فقد ناقش فيهما من ناحية السند تارة، ومن الدلالة أخرى، فلا يسعنا في هذا المختصر استقصاء جميع ما فيها فراجع المسألة في محلها من كتب الفقه والله العالم بالصواب.

١ - الوسائل الباب ٢ من ابواب ديات النفس حديث ٤.

٢ - المصدر الباب ٨ من ابواب بقية الصوم الواجب حديث ٢.

ج ٤ ص ٢٤٨ قوله رحمه الله: «ويستوي في ذلك كله القن والمدبر، ذكراً كان أو انثى، وفي أم الولد تردّد» ينشأ التردّد من بقاء الرق، وعن عموم النهي عن بيع أمهات الأولاد.

حجّة القائل بأنّ أم الولد كالقن في جواز استرقاق المجنى عليه لها أو ورثته هو أنّ الثابت في القتل الخطأ هي الدية وبما أنّ دية جناية العبد أو الأمة في رقبته ولا عاقلة له فلا يلزم المولى بدفعها لفرض عدم شيء عليه، نعم له ذلك إذا أراد فكّ رقبته كما يدلّ عليه صحيحنا ابن حمران وجميل الآتيان وعلى هذا فإن لم يدفع مولى القاتل الدية فلوليّ المقتول أن يسترقّه روى محمد وجميل جميعاً «عن أبي عبد الله عليه السلام في مدبر قتل رجلاً خطأ قال: إن شاء مولاه أن يؤدّي إليهم الدية وإلا دفعه إليهم بخدمهم، فإذا مات مولاه يعني الذي أعتقه رجع حراً»^١ الحديث، فلا فرق بين المكاتب أو القن أو أم الولد، وفي المسألة تفصيل وروايات تدلّ على هذا المعنى في محلّها فراجع وتأمل.

حجّة القائل بأنّ جناية أم الولد خطأ على سيدها هو خبر مسمع بن عبد الملك «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أم الولد جنايتها في حقوق الناس على سيدها وما كان من حقوق الله تعالى في الحدود فإنّ ذلك في بدنها»^٢ الحديث، وذهب إلى الشيخ الطوسي إستناداً إلى هذه الرواية وإن كانت فيها مناقشة من ناحية السند، والأصحّ أنّه خلاف في المملوك كما ذهب إليه المصنّف رحمه الله.

ج ٤ ص ٢٥١ قوله رحمه الله: «ولو كان مع المارصبي فقره من طريق السهم لا قصداً فأصابه فالضمان على من قرّبه لا على الرّامي لأنّه عرضة للتلف وفيه تردّد» وجه التردّد من حيث إنّ المقرّب عرضة، ومن أنّ الرّامي هو المباشر حقيقة.

١ - التهذيب ج ١٠ ص ١٩٧.

٢ - الوسائل الباب ٤٣ من ابواب القصاص في النفس الحديث ١.

حجة القائل بضمان المقرّب للصبيّ من طريق السهم، هو أنّه عرضّه إلى التلف تعريضاً قوياً شبيهاً بالمباشرة، وعن التحرير: أنّه مباشر لأنّه كالدافع 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 والمقرّب كالدائح.

حجة القائل بضمان الرامي هو أنّه حقيقة مباشر، والمباشر مقدّم على السبب مع الاجتماع وهو خيرة الفخر فيما حكى عنه الضمان على عاقلة الرامي، وفي الجواهر الظاهر كون الغرض من جزئيات مسألة المباشرة والتسبيب ولا ريب في تقديم الأوّل مع فرض اتحادهما في الجهل والعلم لقوة المباشرة على غيرها واحتمال الشركة ضعيف، فترتب حينئذ القصاص أو الدية على عاقلة الرامي أو عليه في صورة يكون شبيه عمد كما أنّه لا ريب في تقديم العالم منها على الجاهل، هذا كلامه رفع مقامه. وقال الاستاذ السيّد الخوئي في تكملة المنهاج: فهل الدية 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، واخرى يكون جاهلاً، وثالثة يكون أحدهما عالماً والآخر جاهلاً فعلى الغرض الأوّل والثاني لا يبعد اشتراكهما في القتل لاستناده والحال هذه إلى كليهما معاً عرفاً، غاية الأمر أنّ القتل على الأوّل يدخل في القتل الشبيه بالعمد لانصراف أدلة القتل الخطائي المحض عن ذلك فتكون الدية عليهما، وعلى الغرض الثاني يدخل في الخطأ المحض فالدية فيه على عاقلتهما، ومن هنا يظهر حال الغرض الثالث يعني إذا كان أحدهما عالماً والآخر جاهل فان القتل مستند إليهما معاً، غاية الأمر أنّه بالإضافة إلى الجاهل خطأ محض وبالإضافة إلى العالم شبيه عمد وكذا الحالة في غير الرمي من أسباب القتل وقوى هذا السيّد الخوئي وما يرى وجهاً لتردد المصنّف ولا لإطلاق القاضي والتحرير في تضمين السبب

فيكون ما أفاده السيد شقاً ثالثاً وقد استبعد هذا في الجواهر وهو الإشتراك في الضمان، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٥٢ قوله رحمه الله: «وإن وجد مقتولاً وادعى قتله على غيره، وأقام بيّنة فقد برئ، وإن عدم البيّنة ففي القود تردّد والأصح أنه لا قود» ينشأ التردّد من ظاهر خبر ابن أبي المقدام، ومن أصالة البراءة.

حجّة القائل بثبوت 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 إنّ هذين الرجلين طرقا أخي ليلاً فأخرجاه من منزله فلم يرجع إليّ، والله ما أدري ما صنعابه، فقال لهما: ما صنعما به، إلى أن قال: فقال لجعفر بن محمد عليه السّلام وهو قابض على يده: يا جعفر اقض بينهم، فقال: يا أمير المؤمنين اقض بينهم أنت فقال له: بحقي عليك إلا قضيت بينهم، قال: فخرج جعفر عليه السّلام فطرح له مصلى قصب، إلى أن قال: فقال جعفر عليه السّلام: يا غلام اكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: كل من طرّق رجلاً بالليل فأخرجه من منزله فهو له ضامن، إلا أن يقيم البيّنة أنّه قد رده إلى منزله، يا غلام نح هذا واضرب عنقه، فقال: يا ابن رسول الله ما قتلتك أنا ولكنتي أمسكتك فجاء هذا فوجأه فقتله فقال: أنا ابن رسول الله صلّى الله عليه وآله يا غلام نح هذا واضرب عنق الآخر فقال: والله يا ابن رسول الله والله ما عذبتك ولكنتي قتلتك بضربة واحدة، فأمر أخاه فضرب عنقه، ثم أمر بالآخر فضرب جنبه وحبسه في السجن ووقع رأسه يحبس عمره ويضرب كلّ سنة خمسين جلدة»^١.

و تؤيدها رواية عبدالله بن ميمون «عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: إذا

١ - الوسائل الباب ١٨ من ابواب القصاص في النفس الحديث ١.

دعا الرجل أخاه بليل فهو له ضامن حتى يرجع الى بيته»^١ وهذا الاخلاف ظاهر بين الأصحاب بل عن الغنية وغاية المرام الإجماع على ذلك للروايتين المذكورتين يثبت القود إذا لم تقم البيّنة، هذا، وقد ناقش صاحب تكملة المنهاج في رواية أبي المقدام، ثم قال: إنها قضية في واقعة، فراجع وتأمل في الموضوع، والله سبحانه العالم بالصواب.

حجة القائل بعدم ثبوت القود هو أصالة البراءة والإحتياط في خطر الدماء وأعمية الضمان منه، وبه قال المصنف بقوله: الأصح أن لا قود عليه، وفي الجواهر: لا أجد فيه خلافاً بين من تعرّض له سوى ما حكى عن المفيد وأتباعه إلى أن قال فيه: وعلى كلّ حال فلا قود ولكن عليه الدية في ماله، لما عرفته من اقتضاء الضمان عليه نصّاً وفتوى، مضافاً أصالة براءة العاقلة.

أقول: هذا خلاصة المطلب في هذه المسألة ولا يخفى ما فيها من الخلاف والنقض والإبرام وفيها تفاصيل لا يسعها هذا المختصر فراجع المسألة في محلّها وتأمل فيها، والله العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٥٢ قوله رحمه الله: «وإن وجد ميتاً في لزوم الدية تردّد ولعلّ الأشبه أنه لا يضمن» ينشأ التردّد من عموم النصّ ومن أصالة البراءة.

حجة القائل بالضمان هو الإطلاق نصّاً وفتوى في كونه بذلك يكون كضمان المال، بل عن ابن إدريس أنّ به رواية مضافاً إلى قاعدة عدم بطلان دم المسلم، وهو المحكي عن المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والنافع وكشف الرموز وتعليق النافع، بل قيل إنه أشهر، بل هو مقتضى إطلاق معقد المحكي من إجماع الغنية، نعم قيده في الأربعة المتقدمة بما إذا ادعى الموت حتف أنفه وعجز عن إثباته، بخلاف غيرها الذي أطلق فيه ذلك سواء ادّعاه وعجز عن الإثبات أو سكت

كما في الجواهر ثم قال: هو قوي مع احتمال القتل بأثر غير ظاهر أما مع العلم بموته حثف أنفه فالمتجه عدم الضمان إذا هو ليس كالمال المضمون، إلى آخر ما ذكره أقول: القول بالضمان لا يخلو من قوة لما ذكر من الإطلاق الذي به ينقطع الأصل المذكور. والله سبحانه أعلم.

حجة القائل بعدم الضمان هو أصل البراءة وقاعدة الإقتصار كما في القواعد وغيرها، وبه قال المصنّف: الأشبه أنه لا يضمن، كما في محكيّ التحرير والمختلف، للأصل المزبور مع قاعدة الإقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن وهذه القاعدة ضرورة حجية الظاهر كالمتيقن كما في الجواهر وفي المسالك في الضمان وجهان، من عموم النصّ وانتفاء التهمة مع أصالة البراءة، ولعله أجود، وفي المسألة مزيد بيان فراجع وتأمل، والله العالم.

ج ٤ ص ٢٥٣ قوله رحمه الله: «وفي تضمنين دية الصديق تردّد أقره أنّ دمه هدر» وجه التردّد من أنّه لا دليل على ضمانها، ومن رواية فيها ضعف.

حجة القائل بعدم ضمانها الصديق، هو أنّ دمه هدر، ولا دليل على الضمان وفاقاً لجماعة منهم المحقق والحليّ والفخر والكركيّ، ولعله المشهور، والوجه فيه ما قدّمنا من عدم الدليل، كما في تكملة المنهاج في فروع التسبب، ووردت في ذلك روايات منها خبر الجرجاني «عن أبي الحسن عليه السّلام في رجل دخل دار رجل للتلصص أو الفجور، فقتله صاحب الدار، أيقتل به أم لا؟ قال: أعلم 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.

حجة القائل بضمان المرأة دية الصديق، هو ما رواه إبراهيم بن هاشم

١ - الوسائل الباب ٢٧ من أبواب القصاص في النفس الحديث ٢.

عن محمد بن حفص عن عبيدالله بن طلحة «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت: رجل تزوج امرأة فلما كان ليلة البناء عمدت المرأة إلى رجل صديق لها فأدخلته الحجلة، فلما دخل الرجل يباضع أهله ثار الصديق واقتتلا في البيت، فقتل الزوج الصديق وقامت المرأة فضربت الزوج ضربة فقتلته بالصديق قال: تضمن المرأة دية الصديق وتقتل بالزوج»^١ وفي الجواهر لم أجد بها عاملاً على ظاهرها، نعم ذكره الشيخ وغيره بعنوان الرواية، ومن أجل ذلك قال المصنف هنا: وفي تضمين دية الصديق تردّد، واستقرب عدم الضمان. أقول: في المسألة زيادة تحقيق وتنقيح يوجد في محلّه من المطولات والله سبحانه أعلم.

ج ٤ ص ٢٥٦ قوله رحمه الله: «وفي ضمان جنابة الهرة المملوكة تردّد» منشأ التردّد من إلحاقها بالدواب المصونة الجنابة ومن عدم تحقق التفريط بالإضافة إلى الهرة. حجة القائل بضمنان جنابة الهرة المملوكة، هو إلحاقها بغيرها من الدواب كالبعير المعتلم، والكلب العقور وغيرهما التي عرفت الضمان بها مع التفريط في حفظها، قال الشيخ الطوسي يضمن بالتفريط مع الضراوة أي ضارية، وتبعه ابن حمزة وابن إدريس والفاضل وثاني الشهيدين وغيرهم كما في الجواهر ثم قال: لم أجد قولاً بعدم الضمان.

حجة القائل بعدم الضمان، هو عدم جريان العادة بربطها وحفظها بخلاف الدواب الأخرى وفي تكملة المنهاج: الأظهر عدم الضمان مطلقاً، كما هو أحد أقوال العامة عدم الضمان، والوجه في ذلك هو أنّ الظاهر عدم تحقق التفريط بالإضافة إلى الهرة حيث إنّ العادة قد جرت على التحفظ عن الهرة لا على حفظها عن التعدي فإنها متعدية في طبيعتها، مملوكة كانت أم لم تكن، ولا

ضمان في جناية العجماء فإنها جبار وعليه فلا يوجب الضمان أصلاً، والله أعلم.
ج ٤ ص ٢٥٧ قوله رحمه الله: «راكب الدابة يضمن ما تجنيه بيديها وفيما تجنيه برأسها
تردد، أقره الضمان لتمكينه من مراعاته» وجه التردد من مساواة الرأس لليدين، ومن
أنه خلاف الأصل.

حجة القائل بضمن جناية الدابة برأسها هو مساواته لليدين في التمكن من
حفظه فتساويه في الحكم.

وهو خيرة الشيخ في المبسوط واستقرب المصنف الضمان لتمكن الراكب
من مراعاته المستفاد من التعليل في صحيح الحلبي^١ «لأن رجلها خلفه إن ركب»
وكذا صحيح سليمان^٢ «لأن رجلها خلفه إذا ركب» بتفاوت جزئي في التعبير
مفهومه أن 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 الرضا نسبه إلى الأكثر بل ظاهر محكي المبسوط الإجماع عليه،
بل الظاهر بجميع مقادير بدن الدابة للتعليل المتقدم في الصحيحتين، وفي
الجواهر لم أجد قائلاً صريحاً بعدم الضمان.

أقول: المستفاد من مجموع ما ذكرنا أن القول بالضمان لا يخلو من قوة والله
أعلم.

حجة القائل بعدم الضمان، هو أن 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 النبوي أنه لا ضمان في جناية العجماء فإنها
جبار وإن استظهر من اقتصاد المراسم والغنية والخلاف والنافع على ضمان اليدين دون
الرأس ويؤيد ذلك خبر إسحاق بن عمار^٣ عن جعفر عن أبيه أن علياً عليهم السلام

١ و ٢ - الوسائل الباب ١٣ من ابواب موجبات الضمان الحديث ٣-٩.

٣ - الوسائل الباب ١٣ من ابواب موجبات الضمان الحديث ١٠.

كان يضمن الراكب ما وطنت الدابة بيدها ورجلها إلا أن يعث بها أحد، فيكون الضمان على الذي عبث 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. حجة 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 فأتلفه وهي حجة في المقام، وأيضاً أن السيرة لا تختص بالعرض العقلائي في الإتلاف، ولهذا قال في تكملة المنهاج: والأقرب الضمان، وفي الجواهر وهو قوي جداً.

حجة القائل بعدم الضمان، هو أن الضمان على خلاف الأصل واستقر به المصنف وفاقاً للشيخ والقاضي والفاضل وولده والكركي وغيرهم بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه أو حكايته كما في كشف اللثام بل في المسالك 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 بالأرث، ومن القول بالدية.

حجة القائل بثبوت الدية كاملة في الأهداب مع عدم نباتها، هو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف وابن حمزة والعلامة في القواعد للحديث العام من أن فيما كان من الأعضاء إثنان ففيها الدية إلى آخره بل في الروضة نسبته إلى الأكثر وعن الوسيلة نسبته إلى رواية وعن القاضي أن فيها نصف الدية كالحاجبين حكاها عنه الشهيدان وغيرهما والله أعلم.

حجة القائل بعدم الدية وثبوت الأرث حالة انفراد الأهداب عن الأجفان والسقوط حالة الإجماع، هو عدم دليل صالح يدل على التعيين كشعر

الساعدين 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 اللثة ففيه تردّد والأقرب أن فيه دية السن» وجه التردّد من صدق السنّ عرفاً، ومن أصل البراءة. حجة القائل بثبوت دية السن، هو أنه يسمّى سنّاً لغةً وعرفاً، قال الشيخ في المبسوط: السن ما شاهدته زائداً على اللثة والسنخ أصله، واستقره المصنف وفاقاً للشيخ والحلي والفاضل والشهيد وغيرهم على ما حكي عن بعضهم بل عن مجمع البرهان نسبته إلى ظاهر الأكثر لأنّه المنساق من النصّ والفتوى بل لا يمكن فيه معرفة المساحة كي تكون الدية بقدرها كما في الجواهر واستظهره صاحب المسالك والله أعلم.

حجة القائل بعدم ثبوت دية السنّ فيه هو أصل البراءة واتحاد العضو ولشمول اللفظ للكلّ ولذا يقال قلع سنّه وانكشفت اللثة عن سنّه ونحو ذلك، وفي المسالك أن المستور باللثة بعض السنّ، ومن ثمّ قلع سنّه، إلى آخره. ثمّ قال: وإلصالة البراءة من إيجاب الزايد، والأول أظهر يعني ثبوت دية السنّ، والله أعلم.

ج ٤ ص ٢٧٠ قوله رحمه الله: «ولو كانت المكروهة بكرةً، هل يجب لها أرش البكارة زائداً على المهر فيه تردّد والأشبه وجوبه» ينشأ التردّد من تعدّد الأسباب، ومن دخوله في المهر.

حجة القائل بوجوب الأرش للبكارة زائداً على المهر هو أصالة تعدّد المسببات بتعدّد الأسباب فتفرض حينئذ أمة وتقوم بكرةً تارة وثيباً أخرى فيأخذ التفاوت مع مهر المثل، ودية الإفضاء، بل عن المبسوط أنّه مذهبننا لأنّه لا دليل على دخوله في أرش الإفضاء وفي المسالك والأقوى وجوب الجميع للمكروهة بين

أرش البكارة والمهر، لأنَّ الأرش عوض جزء فائت، والمهر يجب عوضاً عن وطئ الفكر فلا يتداخلان.

حجة القائل بالتداخل أي الأرش يدخل في المهر هو أنه لا دليل على أن لإزالة البكارة أرشاً زائداً على المهر ما عدا دعوى أن تعدد السبب يوجب تعدد المسبب، كما سبق وما ذكره في المسالك بأنَّ تفويت الجزء يوجب الأرش كما ذكرناه، ففيه أنَّ المهر الذي تستحقه البكر حسب الروايتين الآتيتين هو مهر البكر وعليه فالزائد ملحوظ فلا يكون تفويت هذا الجزء هدرًا، كما لا يكون على خلاف أصالة تعدد السبب بتعدد سببه، والروايتان إحداهما معتبرة طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه «عن علي عليه السلام قال: إذا اغتصب الرجل أمة فافتصها فعليه عشر قيمتها وإن كانت حرة فعليه الصداق»^١.

وثانيهما صحيحة عبدالله بن سنان «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: جعلت فداك ما على رجل وثب على امرأة فحلق رأسها، قال: يضرب ضرباً وجيعاً ويحبس في سجن المسلمين حتى يستبرئ شعرها «إلى أن قال» فقال عليه السلام: يا بن سنان إنَّ شعر المرأة وعذرتها شريكان في الجمال، فإذا ذهب بأحدهما وجب لها مهر كمالاً»^٢.

فإنَّ ورود الروايتين في مقام البيان وسكوتها عن الأرش زائداً على المهر دليل على عدم وجوبه، كما ذكره مفصلاً الاستاذ الخوئي في تكملة المنهاج واختاره كما أشار في خاتمة كلامه فقال: فالنتيجة أنَّ الصحيح ما ذكرناه والله أعلم.

ج ٤ ص ٢٧٦ قوله رحمه الله: «ولو أوضحه اثنتين وهشمه فيها واتصل الهشم باطناً قال في المبسوط: هما هاشمتان وفيه تردد»، ينشأ التردد من تبعية الهاشمة للموضحة، ومن منع

١ - الوسائل الباب ٤٥ من ابواب المهور الحديث ٢.

٢ - المصدر الباب ٣٠ من ابواب ديات الاعضاء الحديث ١.

التبعية.

حجة القائل بأنها هاشمتان، هو اتصال الهشم باطناً بالموضحتين، قال في الميسوط: هما اثنان لأنّ الهاشمة تابعة للموضحة وإلا لم تتأخر عنها في مراتب الشجاج فهي المشتملة على الإيضاح وانكسار العظم جميعاً، ولا يكفي فيها الإنكسار والموضحة في الفرض متعدّدة.

حجة القائل بأنها هاشمة واحدة هو امکان منع التبعية المزبورة لعدم الدخول في المفهوم لغته، ولذا ثبت الحكم في الكسرو إن لم يكن جرح فهي حينئذ هاشمة متحدة باعتبار ايصالها وإن تعددت الموضحة كما ذكره صاحب الجواهر، والله سبحانه العالم بالصواب.

ج ٤ ص ٢٨٢ قوله رحمه الله: «ولو عزل الجامع اختياراً عن الحرّة ولم تأذن، قيل يلزمه عشرة دنائير وفيه تردّد أشبه أنه لا يجب» منشأ التردّد من الأصل، ومن الرواية عن عليّ عليه السلام.

حجة القائل بعدم لزوم الدية هو الأصل وجواز العزل، وأنّ المشهور بين الأصحاب عدم الدية وتدلّ على ذلك عدّة روايات منها صحيحة «محمّد بن مسلم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث شاء»^١.

ومنها معتبرة «عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العزل؟ فقال: ذاك إلى الرجل»^٢ وغيرهما من الروايات التي تأبى عن ثبوت الدية واستظهره في تكملة مباني المنهاج وفي المسالك، والأصحّ عدم الوجوب للأصل وجواز العزل على أصحّ القولين أيضاً، فلا يتعقبه ضمان والمحكي عن المعظم كالحلي والفاضل في المختلف وثاني المحققين والشهيدين وغيرهم

عدم الوجوب وفي الجواهر فلا ريب في أنّ الأقوى الجواز، والله سبحانه أعلم.
 حجّة القائل بلزوم الدية هو ما روي صحيحاً عن عليّ عليه السلام من
 وجوبها على من افزع مجامعاً فعزل قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرجل
 يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء» وقال به جماعة منهم الشيخ والقاضي وأبو
 الصلاح وإبنا حمزة وزهرة والكيدري والمحقق في الشرائع في كتاب النكاح
 والفاضل بل عن الغنية 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 الشيخ ضمن الدية والكفارة لأنّه لا
 قدرة للأسير على التخلص وفيه تردّد» وجه التردّد من عموم الأدلّة، ومن أصل
 البراءة.

حجّة القائل بضمان الدية والكفارة، هو عموم الآية الشريفة قوله تعالى
 «فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة»^١ قالوا: المعنى فيه وإن
 كان في قوم عدوّ لكم مع كونه مؤمناً وإن كان المقتول أسيراً، فقد قال الشيخ
 بوجوبها كالكفارة محتجاً بعموم قوله تعالى «ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة
 مؤمنة ودية مسلمة الى أهله»^٢ وهذا مؤمن فيجيبان معاً بقتله، وتبع الشيخ غيره
 من العلماء عملاً بظاهر الآية وقوله صلى الله عليه وآله في النفس المؤمنة ما به من
 الإبل، وزاد الشيخ في المسوّط بأنّ الأسير غير مختار في كونه هناك فلا تقصير منه
 بخلاف غيره، والله سبحانه العالم.

حجّة القائل بعدم الضمان، هو أصل البراءة وظاهر إطلاق الآية السابقة
 المعتضد بإطلاق الفتوى ومال إليه في الرياض، وفي الجواهر: إلا أنّ ذلك كلّ 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 ففي أخذه من العاقلة تردّد» منشأ التردّد، من أن العقل شرع للدفع عن العاقل لا له، ومن أن القاتل خطأ يرث.

حجّة القاتل بمنع أخذ الدية، هو أن العقل إنما شرع للدفع عن القاتل خطأ لا للقاتل نفسه، وإنه يستلزم أن القاتل يقتل ويأخذ الدية وهو بعيد، وفي المسالك على القول بأنه يرث من الدية هل يأخذها من العاقلة أم لا، والأصحّ المنع أو عدم، أي أخذ الدية 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 أبا جعفر عليه السّلام عن امرأة شربت دواء وهي حامل ولم يعلم بذلك زوجها فألقت ولدها، قال: فقال: إن كان له عظم وقد نبت عليه اللحم عليها دية تسلّمها إلى أبيه، «إلى أن قال» قلت له: فهي لا ترث ولدها من ديته مع أبيه قال: لا، لأنها قتلتها فلا ترثه»^١.

ومنها صحيحة محمد بن قيس «عن أبي جعفر عليه السّلام قال: المرأة ترث من دية زوجها ويرث من ديتها ما لم يقتل أحدهما صاحبه»^٢ ومنها صحيحة عبيد بن زرارة «عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: للمرأة من دية زوجها وللرجل من دية امرأته ما لم يقتل أحدهما صاحبه»^٣ إلى آخر ما هناك .

حجّة القاتل بعدم منع أخذها هو عموم الأحاديث الدالّة على لزوم الدية للعاقله، وتسليمها إلى الأولياء، ولا شك أن الوليّ هو الأب هنا فيجب التسليم إليه عملاً بالعموم، وأنّ القاتل خطأ يرث واطلاق الآية الكريمة قوله تعالى «ومن

١ و ٢ - الوسائل الباب ٨ من ابواب موانع الارث الحديث ١-٢ .

٣ - المصدر الباب ١١ من ابواب موانع الارث الحديث ١ .

قتل مؤمناً خطأً فتحريز رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله»^١. حيث إن الظاهر منها هو أن الدية على القاتل ولا بد من تسليمها إلى أهل المقتول سواء كان المسلم هو القاتل نفسه كما في شبهه العمد، أو غيره كما في القتل الخطأ وعلى كل حال فمن اشتغلت ذمته بالدية غير من يسلم إليه 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، لأنه يناه في سبب الكتاب المبني على الإختصار، والحمد لله أولاً وآخراً اللهم قربنا من رحمتك، وباعد بيننا وبين معصيتك، وعاملنا في أفعالنا بلطفك، ولا تعاملنا بعدلك، وضاعف لنا الثواب في الآخرة بما يصلحنا ويرضيك، واجعل ما كتبناه في هذه الأوراق حجة لنا يوم نلقاك، ووسيلة في الوصول إلى تحصيل رضاك إنك ذو الفضل القديم والمن العظيم، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد سيد المرسلين وآله 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 الألف والأربعمئة وستة (١٤٠٦) هجرية على مهاجرها آلاف التحية والثناء الموافق الثاني عشر من الشهر الثالث من سنة ١٣٦٥ هجري شمسي حرره بيده الفانية الحسين بن علي الفرطوسي الحوزي عفا الله عن سيئاته وأحسن عاقبته وهو خير معين أمين.

فهرس الموضوعات

	كتاب الخمس	٣	المقدمة
٤٨	في مستحقّ الخمس	٥	بيان وتقديم
	كتاب الصوم		كتاب الطهارة
٥٠	فيما يفسد الصوم	٧	في المياه
٥١	كفارة إفساد الصوم	٧	في الأسنار
٥٤	في المفطرات	١٢	في الوضوء «الجبيرة»
٥٥	القضاء عن الميت	١٣	حكم الحائض
٥٧	في صوم الكفارات	١٤	حكم الأموات
	كتاب الحج	١٦	في التيمّم
٦٠	في الإحرام	١٩	في النجاسات وأحكامها
٦٣	في أحكام الصيد والكفارة		كتاب الصلاة
	كتاب الجهاد	٢٤	في لباس المصلّي
٧١	فيمن يجب عليه	٢٥	في ذكر الركوع والسجود
٧٢	في التحكيم	٣٠	صلاة الجمعة
٧٣	في شرائط الذمة	٣٥	صلاة العيدين
	كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر	٣٨	في الخلل
٧٧	في شروطها	٣٩	في السهو
	كتاب التجارة	٤٠	صلاة الجماعة
٧٨	فيما يكتسب به	٤١	صلاة المسافر
٧٩	فيما يحرم التكتسب به		كتاب الزكاة
٨٠	في عقد البيع	٤٤	فيمن تصرف إليه الزكاة
٨٢	في شروط المبيع	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 المملوك
	كتاب المزارعة والمساقاة		كتاب الرهن
١٤٧	في عقد المساقاة	١١٠	في شرائط الرهن
١٤٨	فيما يساقى عليه	١١١	في المرتهن
١٥٠	في الفائدة	١١٢	في أحكام الراهن والرهن
١٥٢	في أحكام المساقاة	١١٦	كتاب المفلس
	كتاب الوديعة		في منع التصرف
١٥٤	في أحكام الوديعة	١١٧	في اختصاص الغرم بعين ماله
	كتاب العارية		كتاب الحجر
١٥٦	في العين المستعارة	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 المضمون
	كتاب الوكالة		في لواحق الضمان
١٧٠	ما يعتبر في الوكيل	١٢٤	كتاب الحوالة
١٧١	فيما تثبت الوكالة	١٢٩	في الشرائط
١٧٣	في التنازع	١٣٠	في أحكام الحوالة
	كتاب الوقوف والصدقات		كتاب الكفالة
١٧٥	في شرائط الواقف	١٣٤	في أحكام الكفالة

٢٣٥	في القسم ولواحقه	١٧٦	في شرائط الموقوف عليه
٢٣٧	في أحكام الأولاد	١٧٨	في شرائط الوقف
٢٤٠	في الحضنة		كتاب الهبات
٢٤٤	في النفقات	١٨٢	في حكم الهبات
٢٤٦	في نفقة الأقارب		كتاب السبق والرماية
	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 لو أوصى بإخراج بعض ولده
٢٥٥	في العدة	١٨٩	في الاشهاد على الوصية
٢٥٧	في عدة الوفاة	١٩٠	في الموصى له
٢٦٠	في سكنى 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 الظهر	٢٠٠	في مسائل أولياء العقد
٢٦٥	في صيغة الظهر	٢٠٤	ثبوت النسب مع وطئ الشبهة
٢٦٧	في شرائط المظاهرة	٢٠٥	في شروط الرضاع وأحكامه
٢٦٩	في الكفارات	٢٠٨	في أحكام الرضاع
	كتاب الايلاء	٢١٣	في أحكام اختلاف دين الزوجين
٢٧٩	في المؤلى وشروطه	٢١٥	في نكاح الشغار وبطلانه
٢٨٠	في المؤلى منها وشروطها	٢١٦	في أحكام النكاح المنقطع
٢٨١	في أحكام الايلاء	٢١٩	في العيوب
	كتاب اللعان	٢٢٤	في أحكام العيوب
٢٨٤	في أسباب اللعان وأحكامه	٢٢٦	في أحكام المهور
	كتاب العتق	٢٢٨	فيما لو طلق قبل الدخول
٢٨٧	في صيغة العتق	٢٣٠	شرط الخيار في النكاح
٢٨٩	في شروط العتق	٢٣٣	فيما لو أذى الوالد المهرعن ولده
٢٩٠	في أحكام العتق		

كتاب إحياء الموات		كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء	
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 المميز	٣٠٢	في أركان المكاتبة
٣٧٠	هل يجب على المسلمين الانفاق على اللقيط	٣٠٦	في أحكام المكاتبة
٣٧٥	في التقاط العبد بدون الاذن	كتاب الإقرار	
كتاب الفرائض		٣١٠	في الصيغ المهمة
٣٧٨	في أحكام موانع الارث	٣١٣	في المقر وشرائطه
٣٧٩	في الارث بالولاء	كتاب الأيمان	
كتاب القضاء		٣١٥	فيما به ينعقد اليمين
٣٨٤	في صفات القاضي	٣١٨	في الخالف وشرائطه
٣٨٥	في شرائط القاضي	كتاب النذر	
كتاب الشهادات		٣٢٨	في الناذر وشروطه
٤٠٣	في بيان ما يعتبر في توبة القاذف	٣٢٩	في متعلق النذر
٤٠٤	ترد شهادة لابس الحرير في غير الحرب	كتاب الصيد والذباحة	
كتاب الحدود والتعزيرات		٣٣٣	اختصاص الإبل بالنحر وغيرها بالذبح
٤١٤	فيما يسقط به الحد	٣٣٦	ما يثبت في آلة الصيد يملكه ناصبها
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 ما لوقتل الذمي مسلماً عمداً	٣٤٤	في السبب
٤٣٥	حكم ما لوقتل المرتد ذمياً	٣٤٨	في حكم المغصوب
٤٣٧	في ثبوت القود على السكران	كتاب الشفعة	
كتاب الديات		٣٥٦	فيما تثبت فيه الشفعة
٤٥٢	في أقسام القتل ومقادير الديات	٣٥٨	فروع في الشفعة مع كثرة الشفعاء
٤٦٢	في ديات الأعضاء	٣٥٩	في أخذ الشفعة

بسم الله الرحمن الرحيم
 الحمد لله وصلى الله على محمد نبي الله وعلى آله آل الله
 لقد قامت مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية
 بقم المشرفة بنشاطات واسعة في مجال نشر المعرفة وإحياء التراث الإسلامي و
 اليكم سرداً لبعض منشوراتها:

أ- من الكتب التي تمّ طبعها أخيراً

- | | |
|--------------------------------|---|
| تأليف عدة من الفضلاء | ١- الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل |
| بإشراف ناصر مكارم الشيرازي | الجزء الأول |
| = الشيخ يوسف البحراني | ٢- الحدائق الناضرة ج ١-١٦ |
| = = = | ٣- الحدائق الناضرة ج ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ |
| = الشيخ مرتضى الأنصاري | ٤- فرائد الاصول |
| = الكاظمي الخراساني | ٥- فوائد الاصول ج ١ و ٢ (تقرير بحث آية الله الثاني) |
| = الكاظمي الخراساني | ٦- فوائد الاصول ج ٢ (تقرير بحث آية الله الثاني) |
| = الشيخ محمد المؤمن | مع حواشي آية الله آغا ضياء الدين العراقي |
| = الشيخ عبدالله الجوادى الآملي | ٧- الصلاة ج ١ (تقريرات بحث المحقق الداماد) |
| = الشيخ جعفر السبحاني | ٨- الصلاة ج ٢ (تقريرات بحث المحقق الداماد) |
| | ٩- الوهابية في الميزان |

- ١٠- مجمع الفائدة والبرهان
في شرح إرشاد الأذهان
ج ١-٦
- = المقدس الأردبيلي
تحقيق الشيخ مجتبی العراقي
والشيخ علي پناه الاشتهاردي وآغا حسين اليزدي
- ١١- قاعدة لا ضرر وإفاضة القدير
- = شيخ الشريعة الاصفهاني
- ١٢- معالم الدين وملاذ المجتهدين
- = الشيخ حسن ابن الشهيد الثاني
- ١٣- منتقى الجمال ج ١ و ٢ و ٣
- = تحقيق لجنة التحقيق في مؤسسه النشر الاسلامي
= الشيخ حسن ابن الشهيد الثاني
- ١٤- أدب الحسين وحماسه
- = تحقيق علي اكبر الغفاري
- ١٥- المهذب البارع ج ١
- = الشيخ أحمد صابري الهمداني
= ابن فهد الحلبي
- ١٦- مبعوث الحسين عليه السلام
- = تحقيق الشيخ مجتبی العراقي
= محمد علي عابدين
- ١٧- كشف المراد (في شرح تجريد الاعتقاد)
مع تعليقات عليه
- = العلامة الحلبي
= تحقيق الشيخ حسن زاده الآملي

ب- من الكتب التي تحت الطبع

- ١- من هو المهدي؟
- = الشيخ أبوطالب التجليل التبريزي
- ٢- الحدائق الناضرة (ج ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠)
- = الشيخ يوسف البحراني
- ٣- رياض السالكين ج ١
- = السيد علي خان المدني
- ٤- شرح الأخبار في فضائل الأئمة الأطهار = القاضي نعمان بن محمد
- ٥- وقعة الطف
- = تحقيق الشيخ محمد هادي اليوسفي
- ٦- الإمام الصادق (ج ١ و ٢)
- = الشيخ محمد الحسين المظفر
- ٧- كفاية الاصول
- = الآخوند الخراساني
- ٨- الصلاة ج ٣ (تقريرات بحث المحقق الداماد)
- = تحقيق لجنة التحقيق في مؤسسه النشر الاسلامي
= الشيخ عبدالله الجواد الآملي
- ٩- تأويل الآيات الظاهرة
- = السيد علي الحسيني الاسترآبادي



شماره ۶۳۰ پان