



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

الأردن الفقهية في شرح
المعجز الفسقية

المجلد الثالث عشر

كتاب

الخلع الى احياء الموات

آية الله الفقيه ماجد الشكستاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الدرر الفقهيہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ

نویسنده:

ماجد کاظمی

ناشر چاپی:

دار الہدی

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانہ ای قائمیہ اصفہان

فهرست

٥	فهرست
١٢	الدرر الفقهيہ فی شرح اللعہ الدمشقيہ المجلد ١٣
١٢	اشارہ
١٢	اشارہ
١٥	(كتاب الخلع و المبارہ)
١٥	الخلع
١٦	صيغہ الخلع
٢٤	حكم ما لو أتى بالطلاق مع العوض
٢٥	و كل ما يصح أن يكون مهرا صح أن يكون فديه
٢٥	و يصح بذل الفديه منها و من و كيلها
٢٧	حكم ما لو تلف العوض قبل القبض
٢٩	و المكاتبه المشروطه كالقن
٣٠	و لا يصح الخلع آتاً مع كراهتها له
٣١	و لو أكرهها على الفديه فعل حراما
٣٥	و إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج
٣٦	و لو تنازعا في القدر حلفت
٣٩	المبارہ
٣٩	و هي كالخلع إلاً أنها...
٤٥	صيغہ المبارہ
٤٧	(كتاب الطہار)
٤٧	اشارہ
٥١	صيغہ الطہار
٥٣	و هل يختص الطہار بلفظ الطہر؟
٥٥	و لا يقع آلاً منجزاً

- ٥٩ و الأقرب صحه توقيته بمده
- ٦١ شرائط الطهاره -
- ٦٥ و هل يصح من الكافر؟
- ٦٧ اشتراط الدخول فى تحقق الطهاره
- ٦٩ و تجب الكفاره بالعود
- ٧١ و لو وطئ قبل التكفير عامدا فكفارتان
- ٧٣ و لو كرر الوطئ تكررت الواحده
- ٧٤ و هل لو طلقها و انقضت العده حلت له من غير تكفير؟
- ٧٧ و جوب تقديم الكفاره على المسيس
- ٧٧ و لو ماطل رافعته الى الحاكم
- ٧٩ (كتاب الإيلاء)
- ٧٩ اشاره
- ٧٩ حقيقه الايلاء شرعا؟
- ٧٩ و هو الحلف على ترك وطئ الزوجه الدائمه أبدا
- ٨٣ و لا ينعقد آلا باسم الله تعالى متلفظا به
- ٨٤ و هل يشترط فيه اللفظ الصريح؟
- ٨٦ و لا يقع لو جعله يمينا أو حلف بالطلاق و العتاق
- ٨٧ شرائط المؤلى
- ٨٧ و هل يجوز الايلاء من العبد؟
- ٨٩ و إذا تم الإيلاء فللزوجه المرافعه مع امتناعه عن الوطئ
- ٩٢ و لا يجبره الحاكم على أحدهما عينا
- ٩٤ و لو آلى مده حتى انقضت المده سقط حكم الإيلاء
- ٩٦ هل يصح الإيلاء من الخصى و المجبوب؟
- ٩٦ و هل تجب الكفاره فى الايلاء ام لا؟
- ١٠٢ مده الايلاء
- ١٠٦ حكم كفاره الطهاره

- ١٠٨ حكم ما إذا وطئ المؤلى ساهيا أو مجنوناً أو لشبهه
- ١٠٩ و لو ترفع الذميان إلينا تختير الامام
- ١١٠ حكم ما لو آلى ثم ارتد
- ١١١ (كتاب اللعان)
- ١١١ اشاره
- ١١١ رمى الزوجه المحصنه
- ١١٣ شرائط اللعان
- ١١٧ والمراد بالمحصنه العفيفه
- ١١٨ و لا يجوز قذف الزوجه الآ مع المعايينه للزنا
- ١٢١ إنكار من ولد على فراشه
- ١٢٥ و لو قذفها و نفى الولد و أقام بينه سقط الحد
- ١٢٧ و لا بد من كون الملاعن كاملاً
- ١٣٣ صحه لعان الأخرس بالإشاره المعقوله
- ١٣٣ وجوب نفى الولد اذا علم انه ليس منه
- ١٣٥ حرمة نفى الولد اذا امكن منه
- ١٣٧ و يعتبر فى الملاعنه الكمال و السلامه من الصمم و الخرس
- ١٣٨ و يثبت بين الحر و المملوكه لنفى الولد
- ١٣٨ و هل يلحق ولد المملوكه بمالكها؟
- ١٤٢ القول فى كيفيه اللعان و أحكامه
- ١٤٢ وجوب كونه عند الحاكم
- ١٤٤ كيفيه اللعان
- ١٤٦ شرائط اللعان
- ١٤٩ و يجب البدء بالشهاده، ثم باللعن
- ١٤٩ و يستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة
- ١٥٢ و إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد
- ١٥٣ و يتعلق بلعانها أحكام أربعة

- ١٥٤ و لو أكذب نفسه في أثناء اللعان كان عليه حد القذف
- ١٥٨ حكم ما لو أكذبت نفسها بعد لعانها
- ١٥٩ و لو قذفها الزوج برجل وجب عليه حدان
- ١٦١ و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط
- ١٦٦ (كتاب الإقرار)
- ١٦٦ اشاره
- ١٦٨ قاعده من ملك شيئا ملك الإقرار به
- ١٦٩ (الأول الصيغه و توابعها)
- ١٦٩ و لو علّقه بالمشيئه بطل
- ١٧١ و يصح بالعريته و غيرها
- ١٧٢ و لا بدّ من كون المقرّ كاملا خاليا من الحجر
- ١٧٦ و إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف في البلد
- ١٧٦ و لو أقرّ بلفظ مبهم صحّ
- ١٧٨ و لو قال له على أكثر من مال فلان لزمه بقدره
- ١٧٨ حكم ما لو قال «له على كذا درهم» بالحركات الثلاث
- ١٨٥ (الفصل الثاني في تعقيب الإقرار بما ينافيه)
- ١٨٥ حكم الاستثناء المستوعب
- ١٨٧ حكم ما لو قال ليس له علىّ مائه إلّا تسعون
- ١٨٨ حكم ما لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف
- ١٩٠ حكم الاستثناء من غير الجنس
- ١٩٠ حكم الاستثناء المستغرق
- ١٩١ حكم ما لو قال له على عشرة من ثمن مبيع لم أبيضه
- ١٩٣ و لو قال له على قفيز حنطه بل قفيز شعير لزمه
- ١٩٤ و لو قال: هذه التار لزيد بل لعمر و
- ١٩٥ من احكام الإقرار
- ١٩٧ (الفصل الثالث في الإقرار بالنسب)

- ١٩٧ ----- شرائط المقرّ -----
- ١٩٨ ----- ويشترط في نفوذ الإقرار مطلقا عدم المنازع -----
- ١٩٩ ----- و لو تصادق اثنان فصاعدا على نسب غير التولّد صح -----
- ١٩٩ ----- و لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه -----
- ٢٠١ ----- و لو أقرّ العمّ بأخ للميت دفع اليه المال -----
- ٢٠٢ ----- لو أقرت الزوجه بولد فصدقها الإخوه أخذ الولد المال -----
- ٢٠٣ ----- و لو أقرّ الولد بأخ دفع اليه النصف -----
- ٢٠٤ ----- و لو أقرّ بزوج للميت أعطاه النصف -----
- ٢٠٨ ----- (كتاب الغصب) -----
- ٢٠٨ ----- حقيقه الغصب -----
- ٢١٠ ----- و سحب مقود الدّائنه غصب للدّائنه -----
- ٢١٠ ----- و غصب الحامل غصب للحمل -----
- ٢١١ ----- حكم الأيادي المتعاقبه على المغصوب -----
- ٢١٦ ----- و يجب ردّ المغصوب ما دامت العين باقيه -----
- ٢١٧ ----- كيفيه الضمان -----
- ٢٢٠ ----- هل يلزم الغاصب بأعلى القيم ام لا؟ -----
- ٢٢٣ ----- حكم ما لو غصب مثل الخفّين -----
- ٢٢٣ ----- حكم ما لو زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب -----
- ٢٢٨ ----- حكم ما لو غصب شاه فأطعمها المالك جاهلا -----
- ٢٢٨ ----- حكم ما لو مزج المغصوب بغيره -----
- ٢٣٠ ----- حكم ما لو زرع الحب أو أحضن البيض -----
- ٢٣١ ----- حكم اختلافهما في القيمه -----
- ٢٣٢ ----- و لو اختلفا في الردّ حلف المالك -----
- ٢٣٣ ----- (كتاب اللقطه) -----
- ٢٣٣ ----- اشاره -----
- ٢٣٥ ----- الفصل الأوّل في اللقيط -----

- ٢٣٥ اشارة
- ٢٣٧ حكم اللقيط المملوك
- ٢٣٩ شرائط الملتقط
- ٢٤٣ والواجب حضانتها بالمعروف
- ٢٤٤ ولا ولا عليه للملتقط
- ٢٤٧ وإذا خاف عليه التلف وجب أخذه كفايه
- ٢٤٨ ويحكم بإسلامه إن التقط في دار الإسلام مطلقا
- ٢٥١ وإن اختلفا في الإنفاق
- ٢٥١ ولو تشاح ملتقطان أقرع
- ٢٥٢ ولو تداعى بنوته اثنان ولا يتينه فالقرعه
- ٢٥٣ (الفصل الثاني في لقطه الحيوان)
- ٢٥٣ اشارة
- ٢٥٣ وأخذه في صورة الجواز مكروه
- ٢٥٤ وهل يستحبّ الاشهاد عليه؟
- ٢٥٤ والبعير وشبهه إذا وجد في كلاء وماء صحيحا ترك
- ٢٥٤ حكم الشاه في الفلاه
- ٢٦٠ حكم ما لو وجدت الشاه في العمران
- ٢٦١ وهل لا يشترط في الأخذ إلا الأخذ؟
- ٢٦٢ ولا يضمن آلا بالتفريط
- ٢٦٣ (الفصل الثالث في لقطه المال)
- ٢٦٣ حكم لقطه الحرم
- ٢٨٢ وجوب تعريف اللقطه حولاً
- ٢٨٣ اللقطه امانه ما لم يحصل الموجب للضمان
- ٢٨٥ حكم التقاط العبد على مبنى المصنّف
- ٢٨٦ ولا تدفع إلاّ بالبيّنه لا بالأوصاف الموجبه للظن
- ٢٨٨ حكم الموجود في مفازة او خربه أو مدفونا في الأرض

- ٢٩٢ حكم ما يوجد في جوف السمكه
- ٢٩٣ حكم الموجود في صندوقه مع مشاركته الغير له و عدمه
- ٢٩٥ حكم مجهول المالك
- ٣٠٠ (كتاب احياء الموات)
- ٣٠٠ ما المراد من الموات من الأرض
- ٣٠٤ ما لا يجوز إحياءه للملك
- ٣٠٧ و لو جرى عليه ملك مسلم فهو له و لو ارثه بعده
- ٣١٠ و كل أرض أسلم عليها أهلها طوعا فهي لهم
- ٣١١ و كل أرض ترك أهلها عمارتها فالمحيى أحق بها
- ٣١٤ شروط الإحياء المملك
- ٣١٧ حریم بعض الأملاك
- ٣١٩ و حریم بئر الناضح ستون ذراعا
- ٣٢٠ حریم بئر المعطن
- ٣٢١ حریم القناه
- ٣٢٣ و حریم الحائط مطرح آلاته
- ٣٢٣ و المرجع في الأحياء إلى العرف
- ٣٢٥ القول في المشتركات
- ٣٢٥ فمنها المسجد
- ٣٢٩ و منها المدرسه و الرباط
- ٣٣٠ و منها الطرق
- ٣٣٠ و منها المياه المباحه
- ٣٣٣ و منها المعادن
- ٣٣٤ و من احكام المشتركات
- ٣٤٤ الفهرس
- ٣٥٧ دربارہ مرکز

سرشناسه : كاظمى، ماجد، محقق

عنوان و نام پديدآور : الدرر الفقيهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه / تاليف ماجد الكاظمى. الشارح

مشخصات نشر : قم: دارالهدى، ١٣٩٤. ١٤٣٧ هـ_ ق

مشخصات ظاهري : ١٢٤ ص.

٨ - ٤١٦ - ٤٩٧ - ٩٦٤ - ٩٧٨ (دوره)

وضعييت فهرست نويسى : برون سپارى.

يادداشت : عربى.

يادداشت : كتابنامه به صورت زيرنويس.

٥٨٢ ص، عربى.

الفهرسه طبق نظام فيبا

الموضوع: الشهيد الاول, محمد بن مكى، ٧٣٤ - ٧٨٦ ق. اللمعه الدمشقيه - النقد و التفسير.

الموضوع: الفقه الجعفرى القرن ٨ ق.

التعريف الاضافى: الشهيد الاول, محمد بن مكى، ٧٣٤ - ٧٨٦ ق. اللمعه الدمشقيه - الشرح.

الايداع فى المكتبه الوطنيه:

١٣٩٤، ٨٠٤٢٢٣ ل ٩ ش / ٣ / ١٨٢ BP

٣٨٦٧٧٢١ - ٢٩٧ / ٣٤٢

ص: ١

الدرر الفقهيہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ

کتاب الخلع الی احياء الموات

الجزء الثالث عشر

آیہ اللہ الشیخ ماجد الکاظمی

الحمد لله رب العالمين ثم الصلاة والسلام على البشير النذير محمد المصطفى و على اله الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين

(كتاب الخلع و المبرأه)

الخلع

الخلع و هو طلاق بفديه من الزوجه الكارهه لزوجها فهو نوع من الطلاق بالعرض المقصود و يكون لازما من جهه الزوج و يفترق مع الطلاق بأمر تأتي و الخلع بالضم اسم لذلك , قال: في المبسوط: سمى الله تعالى الخلع في كتابه «افتداء» فقال «فلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» و اشتقاقه من «خلع يخلع» يقال: «خلع الرجل زوجته» و اختلعت المرأه نفسها من زوجها» لأنَّ كلَّ واحد منهما لباس لصاحبه، قال تعالى {هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ}.

و الأصل في الخلع الكتاب و السنه، فالكتاب قوله تعالى {وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} (١).

ص: ٣

و اما ان الخلع نوع من الطلاق و ليس فسخا فهو المشهور خلافا لشيخ الطائفة حيث اختار كونه فسخا لأنه لا ينشأ بلفظ الطلاق بل و لا ينوى به ذلك .

و يردده تصريح الروايات بذلك، كصحيحه الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها: و الله لا ابرّ لك قسما و لا اطيع لك امرا و لا اغتسل لك من جنبه و لأوطن فراشك و لأذنن عليك بغير اذنك و قد كان الناس يرخصون فيما دون هذا فاذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما اخذ منها فكانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقه...»^(١) و غيرها، و الثمرة تظهر في عدّه من جملة الطلقات الثلاث و عدمه.

و اما انه لا يكون الا من الزوجه الكارهه لزوجها فلدلاله النصوص الاتيه على ذلك.

صيغه الخلع

(و صيغه الخلع أن يقول الزوج: خلعتك على كذا أو أنت مختلعه على كذا)

و الاصل في مثل هذه الصيغه المفيد فقال «يقول لها: إن أردت أن أفارقك فادفعي إلى ألف دينار أو ما شاء حتى أخلى سبيلك فإذا أجابته إلى ملتمسه

ص: ٤

قال لها: «قد خلعتك على كذا و كذا درهما أو ديناراً أو كيت و كيت فإن رجعت في شىء من ذلك فأنا أملك بيضعك» فإذا قال لها ذلك بمحضر رجلين مسلمين عدلين و هي طاهر من الحيض طهراً لم يقربها فيه بجماع فقد بانت منه و ليس له عليها رجعه»(١).

والدليل على صحه هاتين الصيغتين هو انه لم ترد صيغه خاصه في النصوص لانشاء الخلع و عليه فاللازم الحكم بالاكْتفاء بكل صيغه داله على إنشاء الخلع تمسكاً بالاطلاق المقامى.

وتوهم ان النصوص ظاهره فى صيغه خاصه للخلع و هي ان تقول لزوجها: «لا أبرّ لك قسماً و لا أطيع لك أمراً و لا أغتسل لك من جنابه و لأوطئن فراشك و لأذننّ عليك بغير إذنك» فإذا قالت ذلك تم الخلع و استظهر المتوهم هذه الصيغه من صحيح الحلبي عن الصّادق عليه السّلام: «لا- تحلّ خلعها حتّى تقول لزوجها: «لا أبرّ لك قسماً و لا أطيع لك أمراً و لا أغتسل لك من جنابه و لأوطئنّ فراشك و لأذننّ عليك بغير إذنك» و قد كان الناس يرخّصون فى ما دون هذا، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له أن يأخذ منها فكانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقه. و قال: يكون الكلام من عندها، و قال: لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً إلّا للعدّه»(٢).

ص: ٥

١- المقنعه (للشيخ المفيد)؛ ص ٥٢٨؛ ٢١ باب الخلع و المباراه.

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٣٩ ح ١

و موثق سماعه: سألته عن المختلعه، فقال: لا يحلّ لزوجها أن يخلعها حتى تقول: «لا أبرّ لك قسما، و لا أقيم حدود الله فيك، و لا- أغتسل لك من جنبه، و لأوطئن فراشك، و لأدخلن بيتك من تكره» من غير أن تعلم هذا و لا يتكلمونهم و تكون هي التي تقول ذلك، فإذا هي اختلعت فهي بائن و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه و ليس له: أن يأخذ من المبارأه كلّ الذي أعطاه»(١).

و صحيح محمد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام) قال: «المختلعه التي تقول لزوجها: اخلعني و أنا أعطيك ما أخذت منك، فقال: لا- يحلّ أن يأخذ منها شيئا حتى تقول: «و الله لا- أبرّ لك قسما، و لا أطيع لك أمرا، و لأذنن في بيتك بغير إذنك، و لأوطئن فراشك غيرك» فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذ منها و كانت تطليقه- الخبر»(٢).

و صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام: «إذا قالت لزوجها جملة: «لا أطيع لك أمرا- مفسّرا أو غير مفسّر- حلّ له ما أخذ منها و ليس له عليها رجعه» فإنّه يدلّ على أنّ في جملة «لا أطيع لك أمرا»(٣) وقال: المفهوم منها أن صيغه الخلع هي تلك الأقوال(٤).

ص: ٦

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٠ ح ٢

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٠ ح ٣

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤١ ح ٦

٤- النجعه ج ٩ ص ٣٦٢

وفيه: ان هذه النصوص ناظره الى شرائط الخلع لا- الى صيغته كما هو ظهورها بل صريح قوله (ع) «فقال: لا يحلّ لزوجها أن يخلعها حتى تقول: «لا أبرّ لك قسما...» فصريح العبارة ان الخلع بيد الزوج بعد ما تقول له الزوجه كذا وكذا.

و بذلك يتبين ان الخلع لا يتحقق الا اذا هددت الزوجه زوجها بمثل هذا الكلام كما سيأتى البحث عنه.

(ثم يتبعه بالطلاق) على الفور (في القول الأقوى)

كما اختاره الشيخ واستدل له بروايه موسى بن بكر عن العبد الصالح: «قال على عليه السلام: المختلعه يتبعها الطلاق ما دامت فى العده»(1).

وفيه: انها لو تمت سندا و لم يناقش من ناحيه موسى بن بكر هي ضعيفه دلالة لإجمال المقصود منها.

و ما ذكره الشيخ لو استفيد منها يلزم الحكم بجواز تأخير الطلاق عن الخلع حتى بفترة طويلة ما دامت العده باقيه. و هو بعيد

هذا و يظهر من بعض الروايات ان الخلاف فى اعتبار تعقيب الخلع بالطلاق كان ثابتا فى عصر الأئمة عليهم السلام، و لذلك تكرر السؤال عن ذلك فلاحظ خبر جعفر بن سماعه: أنّ جميلا شهد بعض أصحابنا و قد أراد أن يخلع ابنته من بعض أصحابنا، فقال جميل للرجل: ما تقول رضيت بهذا

ص: ٧

الذى أخذت و تركتها؟ قال: نعم، فقال لهم جميل: قوموا، فقالوا: يا أبا عليّ ليس تريد تتبعها الطلاق؟ قال: لا، قال: و كان جعفر بن سماعه يقول: يتبعها الطلاق فى العده و يحتج بروايه موسى بن بكر «عن العبد الصالح (عليه السلام) قال: قال عليّ (عليه السلام) المختلعه يتبعها الطلاق ما دامت فى العده»(١).

و صحيحه محمد بن اسماعيل بن بزيع: «سألت ابا الحسن الرضا (عليه السلام) عن المرأه تبارى زوجها أو تختلع منه بشهاده شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو تكون امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ فقال: تبين منه و ان شاءت ان يرد اليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت. فقلت: فانه روى لنا انه لا- تبين منه حتى يتبعها بطلاق قال: ليس ذلك اذاً خلع. فقلت: تبين منه؟ قال: نعم»(٢) و غيرها.

و بالجملة: لا دليل على اعتبار تعقيب الخلع بالطلاق لعدم الدليل، فيتمسك بالاطلاق اللفظى ان كان و الا فبالاطلاق المقامى، بل و للدليل على العدم، كصحيحه ابن بزيع و غيرها و لا يدل على الاحتياج إلا خبر موسى بن بكر المتقدم و هو واحد .

و استدلال الشيخ على مختاره مضافا لخبر موسى بن بكر بكلام لا بأس بنقله و رده مختصرا فقال: «الذى أعتدته فى هذا الباب و أفتى به أن المختلعه لا- بدّ فيها من أن تتبع بالطلاق و هو مذهب جعفر بن سماعه و الحسن بن سماعه و عليّ بن رباط و ابن حذيفه من المتقدمين. و مذهب عليّ بن

ص: ٨

١- الكافى (فى باب خلعه، ٦٢ من طلاقه، فى خبره ٩)

٢- وسائل الشيعه ١٥: ٤٩٢ الباب ٣ من كتاب الخلع و المباراه الحديث ٩

الحسين من المتأخرين، فأما الباقر من فقهاء أصحابنا المتقدمين فليست أعرف لهم فتيا في العمل به و لم ينقل منهم أكثر من الروايات التي ذكرناها و أمثالها، و يجوز أن يكونوا رووها على الوجه الذي نذكر في ما بعد و إن كان فتياهم و عملهم على ما قلناه»(١).

و فيه: ان جعفر بن سماعه و الحسن بن سماعه و موسى بن بكر من الواقفة فهم اذن ليسوا من اصحابنا و ابن حذيفة هو الحسن بن حذيفة و قد ضعّفه ابن الغضائريّ جدّا(٢)، و اما ابن حذيفة فلم نقف عليه , نعم عليّ بن رباط غير مطعون فيه.

و اما قوله «و لم ينقل منهم أكثر من الروايات التي ذكرناها و أمثالها» ففيه: انها تبلغ اثني عشر خيرا أو أكثر وهي بين صريح و ظاهر في عدم الاحتياج إلى اتباع طلاق. مع أنّ جميل بن درّاج أفتى بعدم الاحتياج(٣) و هو إمامي جليل من أصحاب الإجماع و نقل الشيخ نفسه عن زراره وهو من اصحاب الاجماع انه قال: لا يكون الخلع إلّا على مثل موضع الطلاق إمّا طاهرا و إمّا حاملا بشهود» و ظاهر المرتضى كون إجماعنا على كون الخلع بنفسه طلاقا(٤).

ص: ٩

١- تهذيب الأحكام ج ٨ ص ٩٧

٢- رجال ابن الغضائري رقم ٤٣

٣- الكافي ٦٢ ج ٩ باب ٦٢ من طلاقه

٤- الناصريّات المسئلة ١٦٥

ثم إن كان علي بن بابويه من المتأخرين وافق ابني سماعه و ابن رباط و ابن حذيفه فقد خالفهم منهم الإسكافي و المرتضى كما قال في «المختلف» و قال: و هو الظاهر من كلام العماني و الصدوق و المفيد و الديلمي، قلت: و هو ظاهر الكافي و الفقيه أيضا.

ثم قال: «و استدلل من ذهب من أصحابنا المتقدمين على صحه ما ذهبنا إليه بقول أبي عبد الله عليه السلام: «لو كان الأمر إلينا لم نجز إلّا طلاق السنه».

و فيه: ان الخلع نوع من الطلاق و قسيم الطلاق بالمعنى الخاص و هو من السنه بالمعنى الاعم. و ليس ما قالوا في خبر و إنما في صحيح الحلبي، عن الصادق (عليه السلام) «لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقا إلّا للعدّه»^(١)، و خبر أبي بصير «ثم قال: لو كان الأمر إلينا لم يكن الطلاق إلّا للعدّه»^(٢) و المراد به أن الخلع الذي هو قسم من الطلاق أيضا كالطلاق المتعارف يشترط فيه كونه للعدّه كما قال تعالى {فَطَلَّقُوهُنَّ لِإِعْدَّتِهِنَّ} إشاره إلى أن العامه لم يشترطوا في الخلع «طهر غير المواقعه» لا ان صيغه الخلع تحتاج إلى لفظ الطلاق.

ثم قال: و استدلل الحسن بن سماعه و غيره بأن قالوا: قد تقرّر أنه لا يقع الطلاق بشرط، و الخلع من شرطه أن يقول الرجل: «إن رجعت في ما بذلت فأنا أملكك ببضعك» و هذا شرط فينبغي أن لا يقع به فرقه.

ص: ١٠

١- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٣٩ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٤١ ح ٥

و فيه: انه اجتهاد قبال النص والخلع حكم حكم به الشارح نظير حكمه فى المطلق بأن له حق الرجوع إلى انقضاء عدتها، فلو قال المطلق: أنت طالق و إن أردت قبل انقضاء العدة الرجوع إليك فعلت» فهل يكون الطلاق باطلا.

قال الشيخ أيضا: و استدلل أيضا ابن سماعه بما رواه الحسن بن أيوب عن ابن بكير، عن عبيد بن زرار، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: ما سمعت منى يشبه قول الناس، فيه التقيته، و ما سمعت منى لا يشبه قول الناس فلا تقيته فيه.

و فيه: انه دليل عليه لا له فان خبر موسى هو الذى يحتمل ان يكون للتقيته فقال الشيخ فى الخلاف: «المختلعه لا يلحقها الطلاق- إلى- و ذهب الزهرى و النخعى و الثورى و أبو حنيفة و أصحابه إلى أن يلحقها طلاقه قبل انقضاء العدة و لا يلحقها بعد انقضاء العدة»(١).

و قال المرتضى فى الناصريات بعد قول جده «و المختلعه لا يلحقها الطلاق»: «هذا صحيح و إليه يذهب أصحابنا و هو مذهب الشافعى- إلى- دليلنا على صحه ما ذهبنا إليه بعد الإجماع المتردد أن الطلاق لا يقع عندنا عقب الطلاق إلا بعد رجعه...»(٢).

ص: ١١

١- الخلاف؛ ج ٤، ص ٤٢٩؛ مسأله ١٠: المختلعه لا يلحقها الطلاق .

٢- الناصريات المسأله ١٦٦

حكم ما لو أتى بالطلاق مع العوض

(و لو أتى بالطلاق مع العوض أغنى عن لفظ الخلع)

يعنى ان ذكر الطلاق مع العوض خلع مطلقا عند المصنف و لكنه محل اشكال و ذلك لان المفهوم من الأخبار كون مثله من المباره لا- من الخلع الذى يحتاج فيه إلى أن تقول المرأه: لا أطيع لك أمرا و ذلك لما تقدم ان الخلع لا يتحقق إلا اذا هددت الزوجه زوجها بمثل هذا الكلام , و اما ان ذكر الطلاق مع العوض من المباره فلصحيح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأه قالت لزوجها: «لك كذا و كذا و خلّ سبيلي» فقال: هذه المباره»(١).

و صحيح أبى بصير، عنه عليه السلام: المباره تقول المرأه لزوجها: لك ما عليك و اتركنى أو تجعل له من قبلها شيئا فيتركها- الخبير»(٢).

حصيله البحث:

الخلع طلاق بفديه من الزوجه الكارهه لزوجها فهو نوع من الطلاق بالعوض المقصود و يكون لازما من جهه الزوج و يفترق مع الطلاق ان الخلع لا يتحقق إلا اذا هددت الزوجه زوجها بمثل هذا الكلام: «و الله لا أبرّ لك قسما، و لا أطيع لك أمرا، و لآذننّ فى بيتك بغير إذنك، و لأوطننّ فراشك

ص: ١٢

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٤٢ ح ٤

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٤٣ ح ٥

غيرك»، و صيغه الخلع أن يقول: خلعتك على كذا أو أنت مختلعه على كذا، و يكتفى بكل صيغه داله على إنشاء الخلع و لا يتبعه بالطلاق و لو أتى بالطلاق مع العوض من دون تهديد منها لم يكن خلعا بل كان مبارأه .

و كل ما يصح أن يكون مهرا صح أن يكون فديه

(و كل ما يصح أن يكون مهرا صح أن يكون فديه و لا تقدير فيه فيجوز على أزيد مما وصل إليها منه)

كما في موثق سماعه «قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعه حتى تتكلم بهذا الكلام كله فقال إذا قالت لا أطيع الله فيك حلّ له أن يأخذ منها ما وجد» (١) و غيره , و لا خلاف فيه عندنا بل عند العامه فنقل الخلاف أنّ الزهرى و أحمد و إسحاق قالوا بعدم جوازه بأكثر من المهر.

و يصح بذل الفديه منها و من وكيلها

(و يصح بذل الفديه منها و من وكيلها) الباذل له من مالها لعمومات الوكاله (و ممن يضمه) في ذمته (بإذنها)

ص: ١٣

و الفرق بينه و بين الوكيل أن الوكيل يبذل من مالها بإذنها و هذا من ماله بإذنها و قد يشكل هذا بأنه ضمان ما لم يجب و قد تقدم جوابه في كتاب البيع.

(و في صحته من المتبرع) بالبذل من ماله (قولان أقربهما المنع)

و في المبسوط «و إن اختلعتها أجنبي من زوجها بعوض بغير إذنها فعند الأكثر يصح، و قال شاذ منهم: لا يصح و هو الأقوى» (١) و استدلل الخلاف له «بقوله تعالى {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} قال: فأضاف الفداء إليها، ففداء غيرها لا يجوز» (٢) و توضيح ذلك أن الخلع من عقود المعاوضات فلا- يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض كالبيع و بذل الوكيل و الضامن بإذنها كبذلها فيبقى المتبرع على أصل المنع و لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل و حينئذ فلا يملك الزوج البذل و لا يقع الخلع، و وجه الصحة أنه افتداء و هو جائز من الأجنبي كما تقع الجعالة منه على الفعل لغيره و إن كان طلاقاً.

و فيه: ان مجرد توافق الا-جنبى مع الزوج على طلاقها مع العوض لا- دليل على كونه خلعا تتبعه احكامه بحيث لا- يجوز للزوج الرجوع الى الزوجه بلا- رضا منها بل و لا دليل على مشروعيته مع الاجنبى بحيث يكون نافذا على الزوج بمجرد تعاقدهما و لا يجوز له الرجوع بعد الطلاق عدا ايه الوفاء بالعقود و هى على فرض صحة التمسك بها - و لم يكن ذلك من مصاديق

ص: ١٤

١- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ٤، ص: ٣٦٥

٢- الخلاف؛ ج ٤، ص: ٤٤١؛ مسأله ٢٦

الاكل للمال بالباطل - لا علاقته لها بالخلع و الطلاق و ذلك لانهما من الاحكام التوقيفيه لا الحقوق حتى تقبل المعاقده خارجا عن النصوص فالاقوى عدم صحته .

حكم ما لو تلف العوض قبل القبض

(و لو تلف العوض قبل القبض)

لا ريب في صحته الخلع في التلف لعدم الدليل على بطلانه بل عموم ادله الخلع تشمله و عليه فيجب عليها الوفاء بما اشتمل عليه الخلع (فعلينا ضمانه) اي العوض فهي ضامنه له فان كان كليا ضمننت بدل التالف وان كان معيننا ضمننت المثلى (مثلا أو قيمه) اذا كان قيما عند المصنف و جماعه لكن تقدم في كتاب البيع ضمانه بالقيمه مطلقا

(و كذا لو ظهر استحقاقه لغيرها)

فعلينا ضمانه و لا يبطل الخلع عند المصنف لأصالة الصحه.

و فيه: ان العوض مع استحقاق الغير له لا يشمله عموم وجوب الوفاء بالعقود فلا مقتضى للصحه فتجرى اصاله الفساد بمعنى عدم النفوذ لا الصحه, و بذلك صرح الشيخ في الخلاف فقال: « إذا وقع الخلع على بذل فاسد مثل: الخمر و الخنزير و ما أشبه ذلك مما لا يصح تملكه لم يصح خلعه»(1).

ص: ١٥

١- الخلاف؛ ج ٤، ص: ٤٢٧؛ مسأله ٧

(و يصح البذل من الأُمه بإذن المولى) لعموم دليل الخلع (فان عين قدرا) تعين فإن زادت عنه شيئا من ماله وقف على إجازته فإن رد بطل فيه و فى صحه الخلع و انه تتبع به بعد العتق أو بطلانه الوجهان المتقدمان و قد تقدم ان الاقوى هو البطلان.

(و إنما) يعين قدرا (انصرف) إطلاق الإذن (إلى) بذل (مهر المثل) كما ينصرف الإذن فى البيع إلى ثمن المثل نظرا إلى أنه هو المفهوم عرفا فيحمل الإطلاق عليه.

(و لو لم يأذن لها) فى البذل مطلقا صح الخلع فى ذمتها دون كسبها و (تبعث به بعد العتق)

تبعاً للشيخ فى المبسوط حيث قال: «إذا اختلعت الأُمه نفسها بعوض فإن كان بإذن سيدها صحّ فإن قبلت بمهر مثلها أو أقلّ فإن كانت مأذونا لها فى التجاره أعطت ممّا فى يدها و إلّا أعطت من كسبها و إن لم يكن لها كسب ثبت فى ذمتها، و إن كان زائدا على مهر مثلها كان فاسدا، و يقوى عندى أنّه يكون صحيحا غير أنّه يتعلّق بدمتها» (١).

قلت: كما لو عاملها بإقراض و غيره و لا إشكال فيه و إن علم بالحال لأنّ العوض صحيح متعلق بدمتها .

حصيله البحث:

ص: ١٦

و كل ما صحَّ أن يكون مهراً صحَّ أن يكون فديته، و لا تقدير فيه فيجوز على أزيد ممَّا وصل إليها منه و يصحَّ بذل الفديه منها و من وكيلها و ممَّن يضمَّنه بإذنها. و في المتبرِّع قولان أقربهما المنع، و لو تلف العوض قبل القبض فعليها ضمانه قيمهً و لو ظهر استحقاقه بطل، و يصحَّ البذل من الأمه بإذن المولى فإن عيَّن قدرًا و إلَّا انصرف إلى مهر المثل، و لو لم يأذن صحَّ الخلع في ذمتها دون كسبها و تبعت به بعد العتق .

و المكاتبه المشروطه كالقنّ

(و المكاتبه المشروطه كالقنّ)

فيتعلق البذل بما في يدها مع الإذن و بذمتها مع عدمه إن كان مطلقاً و إن كان معيناً و لم يجز المولى بطل و في صحه الخلع الوجهان المتقدمان.

(و أما) المكاتبه (المطلقة فلا اعتراض عليها) للمولى مطلقاً.

والأصل في هذا الفرع أنّ المبسوط بعد النقل عن العامه قولين في صحه خلع المكاتبه نفسها و عدمها إذا كان بغير إذن مولاه، قال: «و الذى يقتضيه مذهبنا أن نقول: إن كان مشروطاً عليها فهي كالأمه القنّ سواء، و إن لم يكن مشروطاً عليها كان الخلع صحيحاً»^(١).

ص: ١٧

١- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ٤، ص: ٣٦٧

قلت: ووجهه أنّ المطلقة إذا تحرّرت بعضها يمكنها الاكتساب في يومها و أداء مال الخلع.

و لا يصحّ الخلع إلا مع كراهتها له

(و لا يصحّ الخلع إلا مع كراهتها) له (فلو طلقها) و الأخلاق ملتئمه (و لم تكره بطل البذل)

و الاقوى بطلان الخلع لعدم الموضوع له و بطلان الطلاق لعدم القصد له مستقلا.

(و) عند المصنف (وقع الطلاق رجعيا) من حيث البذل و قد يكون بائنا من جهة أخرى ككونها غير مدخول بها أو كون الطلقه ثالثه، و قد عرفت ضعفه، و الأصل فيه أنّ الشيخ قال في الخلاف: «إذا كانت الحال بين الزوجين عامره و الأخلاق ملتئمه و اتفقا على الخلع فبذلت له شيئا حتى يطلقها لم يحلّ ذلك، و به قال عطاء و الزهريّ و النخعيّ و داود و أهل الظاهر، و قال أبو حنيفة و الشافعيّ و مالك و الأوزاعيّ و الثوريّ: إنّ ذلك مباح، دليلنا إجماع الفرقة على أنّه لا يجوز خلعها إلا بعد أن يسمع منها ما لا يحلّ ذكره من قولها: «لا- أغتسل لك من جنابه، و لا أقيم لك حدّا و لأوطنن فراشك من تكرهه» أو يعلم ذلك منها و هذا مفقود ههنا فيجب أن لا يجوز الخلع، و أيضا قوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا

أَنْ يَخَافَ إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ { فَإِنَّهُ حَرَّمَ الْأَخْذَ مِنْهَا إِلَّا عِنْدَ الْخَوْفِ مِنْ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ، وَقَالَ تَعَالَى { فَإِنْ خِفْتُمْ إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ } فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ مَتَى ارْتَفَعَ الْخَوْفُ وَقَعَ الْجُنَاحُ «(١)».

قلت: الامر كما قال الشيخ و ذلك لانه لا موضوع للخلع مع التيام الأخلاق، و التحقيق أنّ مثله داخل في المباره حكما فيمكن أن تكون الأخلاق ملتثمه بأن تكون المرأه مطيعه للزوج بحكم الشريعة و تكون كارهه له من حيث الطبيعه، فتبذل له شيئا حتى يطلقها، و يدلّ على إلحاقه بالمباراه و إن كان الأصل في المباره كراهه كلّ منهما صاحبه صحيح محمّد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأه قالت لزوجها: لك كذا و كذا و خلّ سبيلي، فقال: هذه المباره» (٢) و غيره (٣).

و لو أكرهها على الفديه فعل حراما

(و لو أكرهها على الفديه فعل حراما) للإكراه بغير حق (و لم يملكها بالبذل) قال تعالى { وَ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ } فاستثنى خوف عدم إقامتهما حدوده تعالى فيبقى ما ذكر في المستثنى منه ، و لبطلان تصرف المكره ايضا.

ص: ١٩

١- الخلاف أوّل الخلع .

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٢ ح ٤

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٤٢ ح ٦

(و طلاقها رجعي) عند المصنف من هذه الجبهه لبطلان الفديه فلا ينافي كونه بائنا من جهه اخرى إن اتفقت.

و فيه: ان الطلاق قسيم للخلع و ليس بمقصود حتى نقول بوقوعه فالاقوى البطلان كما تقدم.

(نعم لو أتت بفاحشه مبينه)

كما قال تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُوهُنَّ لِيَتَذَهَبُوا بِبَعْضٍ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّكُمْ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ } (١) و فسرهما الشيخ في المبسوط بالزنا، كما هو ظاهر الآية و يدل عليه مرفوع الفقيه عن الصادق (عليه السلام) انه قال: «إِلَّا أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُوهُنَّ لِيَتَذَهَبُوا بِبَعْضٍ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّكُمْ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ» (٢) الوارد في تفسير قوله تعالى { لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بَيْوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّكُمْ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ } حول المطلقه و به قال المفيد و القاضي و الشيخ في نهايته بالنسبه الى المطلقه ، قلت: و لا- نحتمل الفرق بين الامرين.

و فسرهما الطبرسي بكل معصيه و لا شاهد له بالخصوص نعم ورد في تفسير الفاحشه بالنسبه الى المطلقه ان المراد منها ان تؤذى أهله بالقول أو الفعل كما في مرسله إبراهيم بن هاشم، عن بعض أصحابه، عن الرضا (عليه السلام) «في

ص: ٢٠

١- النساء ايه ١٩

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٩٩

قوله عزّ و جلّ «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ» قال: أذاها لأهل الرّجل و سوء خلقها» (١).

و خبر محمّد بن عليّ بن جعفر قال: «سأل المأمون الرّضا (عليه السلام) عن قول الله عزّ و جلّ «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ» قال: يعنى بالفاحشه المبيّنه أن تؤذى أهل زوجها فإذا فعلت فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضى عدّتها فعل» (٢) و هما و ان كانتا ضعيفتين سندا ألا ان المشهور عمل بهما كما وانه لا فرق بين المقامين بل صرح عليّ بن إبراهيم القمّي في تفسير آيه العضل أنّ الفاحشه: قول المرأه للزوج «لا- أطيع لكك أمرا» فقال: لا يحلّ للرجل إذا نكح امرأه لم يردّها و كرهها أن لا يطلّقها إذا لم يجبر عليها و يعضلها أى يحبسها و يقول لها: حتّى تؤدين ما أخذت منى، فنهى الله عن ذلك إلا أن يأتين بفاحشه مبيّنه- و هو ما وصفناه فى الخلع- فإن قالت ما تقول المختلعه يجوز له أن يأخذ منها ما أعطاه و فضلا»

قلت: و عليه فالقاعده تقتضى الجمع بين المعنيين و حاصله تحقق الفاحشه بكل معصيه و هو الاقوى.

و (جاز عضلها) و هو منعها بعض حقوقها أو جميعها من غير أن يفارقها (لتفدى نفسها) لقوله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ

ص: ٢١

١- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ٩٧

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ٩٧

مُبَيَّنَةٌ { (١) والاستثناء من النهى إباحه ولأنها إذا زنت لم يؤمن أن تلحق به ولدا من غيره و تفسد فراشه فلا تقيم حدود الله تعالى في حقه فتدخل في قوله تعالى {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}.

وقيل: لا يصح ذلك ولا يستبيح المبدول مع العضل لأنه في معنى الإكراه.

وفيه: انه اجتهاد قبال النص الدال على الجواز . وقيل إن الآية الأولى منسوخه بآيه الحد. وفيه: انه لا منافاه بينهما حتى يكون احدهما ناسخا للآخر.

هذا وقال الشهيد الثاني: «وهل يتقيد جواز العضل ببذل ما وصل إليها من مهر وغيره فلا يجوز الزيادة عليه أم لا يتقيد إلا برضاه؟ اختار المصنف الأول حذرا من الضرر العظيم واستنادا إلى قول النبي صلى الله عليه وآله لجميله بنت عبد الله بن أبي لَمَّا كرهت زوجها ثابت بن قيس، وقال لها: أتردين عليه حديقته قالت: و أزيدة «لا حديقته فقط». و وجه الثاني إطلاق الاستثناء الشامل للزائد، و عدّ الأصحاب مثل هذا خلعا و هو غير مقيد، وفيه نظر لأنّ المستثنى منه إذهاب بعض ما أعطاها فالمستثنى هو ذلك البعض فيبقى المساوى و الزائد على أصل المنع، فإن خرج المساوى بدليل آخر بقى الزائد» (٢).

ص: ٢٢

١- النساء ايه ١٩

٢- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ٢، ص: ١٦٦

قلت: اما الخبر فعامى ولا عبره به و أما تنظر الشهيد الثانى فى الاستثناء.

ففيه: أنّ المستثنى منه فى مقام بيان أنّه لا- يجوز إجبارها على جزء من مالها فلو عبّر فيه بما أعطائها أو أكثر لأوهم جواز أخذ الأقل، و أما المستثنى فليس كذلك، و يشهد لذلك أنّه لولا ذلك لما كان أخذ المثل أيضا جائزا و لا ريب فى جوازه و عليه فالاقوى هو الثانى.

حصيله البحث:

و المكاتبه المشروطه كالقنّ و أما المطلقه فلا اعتراض عليها، و لا يصحّ الخلع إلّا مع كراهيتها و لو طلقها و لم تكره بطل فالاقوى بطلان الخلع و الطلاق، و لا يجوز له أكرهاها على الفديه و لا يملكها بالبذل و الاقوى ايضا بطلان الخلع و الطلاق ، نعم لو أتت بفاحشه مبيّنه جاز عضلها و هو منعها بعض حقوقها أو جميعها من غير أن يفارقها لتفدى نفسها و الاقوى تحقق الفاحشه بكل معصيه .

و إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج

(و إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج)

كما تدل عليه صحيحه محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام: «الخلع و المباراه تطليقه بائن و هو خاطب من الخطاب»(1) و صحيح الحلبي، عن

ص: ٢٣

الصّادق (عليه السلام) «في رجل طلق امرأته أو اختلعت أو بانت أله أن يتزوَّج بأختها؟ قال: فقال: إذا برئت عصمتها و لم يكن له عليها رجعه فله أن يخطب أختها- الخبر»^(١) و غيرهما^(٢).

(و للزوجه الرجوع فى البذل ما دامت فى العده)

كما تدل عليه صحيحه البقباق عن ابى عبد الله عليه السّلام: «المختلعه ان رجعت فى شىء من الصلح يقول لا يرجعن فى بضعك»^(٣) و صحيح عبد الله بن سنان «...لا على المُبارئه إلّا أن يبدو للمرأة فيردُّ عليها ما أخذ منها»^(٤).

(فإذا رجعت رجوع هو ان شاء) كما فى النصوص المتقدمه انفا.

و لو تنازعا فى القدر حلفت

(و لو تنازعا فى القدر)

أى فى قدر الفديه (حلفت) لأصالة عدم زيادتها عما تعترف به منها (و كذا) يقدم قولها مع اليمين (لو تنازعا فى الجنس)

ص: ٢٤

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٣٢ ح ٧

٢- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ٣ ص ٣١٧ باب الخلع ١٨٣

٣- وسائل الشيعه ١٥: ٤٩٩ الباب ٧ من أبواب الخلع و المباراه الحديث ٣

٤- وسائل الشيعه ١٥: ٤٩٩ الباب ٧ من أبواب الخلع و المباراه الحديث ٤

مع اتفاقهما على القدر بأن اتفقا على أنها مائه لكن ادعى أنها دنانير و ادعت أنها دراهم, كما قال الشيخ في الخلاف: «إذا اختلف المتخلعان في جنس العوض أو قدره أو تأجيله و تعجيله كان القول قول المرأة في قدر الذى وقع عليه الخلع و على الزوج البيئه، و قال الشافعى يتحالفان. دليلنا هو أنّهما اتفقا على وقوع الفرقه و إنّما اختلفا فى ما لزمها فالزوج يدعى زياده تجردها المرأة فصار الزوج مدّعى و هى منكره فعليه البيئه و عليها اليمين»(١).

و فيه: انه لو كان الزوج يدعى زياده تجردها المرأة صار الزوج مدّعى و هى منكره لكن الامر ليس كذلك و ذلك لان الزوجه تدعى وقوع الخلع على هذا الجنس و الاصل عدمه فكانت هى مدعيه ايضا.

و استدل لذلك ايضا بأصالة عدم استحقاق ما يدعيه و لأنه مدع فعليه البيئه فتحلف يمينا جامعه بين نفي ما يدعيه و إثبات ما تدعيه .

و فيه: انها مدعيه ايضا و يمينا لا تكفى فى اثبات ما تدعيه بل هى لرد دعواه فقط و عليه فالاقوى تحالفهما لأن كلا منهما منكر لما يدعيه صاحبه و حينئذ فيسقط ما يدعيه و حينئذ يثبت الاقل مما يدعيانه لانه المتيقن و ما زاد عليه سقط بتحالفهما .

(أو) اختلفا فى (الإراداه) مع اتفاقهما على ذكر القدر و عدم ذكر الجنس لفظا فالقول قولها عند المصنف , و فيه: ان الاقوى بطلان الخلع لعدم معلوميه العوض .

ص: ٢٥

و لو كان اختلافهما فى أصل الإرادة مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس فقال أحدهما أردنا جنسا معينا و قال الآخر إنا لم نرد بل أطلقنا رجع النزاع إلى دعوى الصحة و الفساد و مقتضى القاعده تقديم مدعى الصحة منهما مع يمينه.

(و لو قال: خلعتك على ألف فى ذمتك فقالت: بل فى ذمه زيد حلفت على الأقوى)

تبعاً للشيخ فى الخلاف حيث قال: «كان القول قولها مع يمينها أنه لا يتعلّق بذمتها، فأما إقرارها أنه فى ذمه زيد فلا يلتفت إليه، و للشافعى فيه وجهان أحدهما يتحالفان و يجب مهر المثل و الثانى مهر المثل بدون تحالف» و استدلل الخلاف بقوله (عليه السلام) «اليمين على المدعى و اليمين على من أنكر»^(١) وأنه مدع و هى منكره لثبوت شىء فى ذمتها فكانت اليمين عليها.

و قال ابن البراج: عليه اليمين لأن الأصل فى مال الخلع أن يكون فى ذمتها فإذا ادعت كونه فى ذمه غيرها لم تسمع لأصالة عدم انتقالها عن ذمتها، قلت: و هو الأقوى لأنه ينحل الى امرين أحدهما الخلع و لا-خلاف فيه و الثانى انه فى ذمه زيد و الاصل عدمه.

حصيله البحث:

ص: ٢٦

١- الخلاف (فى مسأله ١٧ من خلعه)

إذا أتم الخلع فلا رجعه للزوج، و للزوجه الرجعه في البذل ما دامت في العده، فإذا رجعت رجوع هو إن شاء، و لو تنازعا في القدر حلفت و لو تنازعا في الجنس فالاقوى تحالفهما لأن كلا منهما منكر لما يدعيه صاحبه و حينئذ فيسقط ما يدعيه و يثبت الاقل مما يدعيانه لانه المتيقن و ما زاد عليه سقط بتحالفهما، و لو اختلفا في الإراده مع اتفاقهما على ذكر القدر و عدم ذكر الجنس لفظا فالاقوى بطلان الخلع لعدم معلوميه العوض ، و لو كان اختلفا في أصل الإراده مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس فقال أحدهما أردنا جنسا معيننا و قال الآخر إنا لم نرد بل أطلقنا فمقتضى القاعده تقديم مدعى الصحه منهما مع يمينه، و لو قال: خلعتك على ألف في ذمتك، فقالت: بل في ذمه زيد، حلف على الأقوى.

المبارأه

(و المبارأه) و أصلها المفارقة قال الجوهرى تقول بارأت شريكى إذا فارقته و بارأ الرجل امرأته (١) ، و قد تخفف الفاء، وهى المصالحه. يقال: بارأه بمعنى صالحه. و المرأه بارأها بمعنى صالحها على الفراق (٢).

وهى كالخلع إلا أنها...

(وهى كالخلع إلا أنها تترتب على كراهيه كل من الزوجين)

ص: ٢٧

١- الصحاح، ج ١، ص ٣٦، برأ .

٢- القاموس المحيط ١: ٨

تبعاً للمفيد و من تأخر فاشترطوا كراهه كل منهما للاخر و ينحصر دليله بموثق سماعه: «سألته عن المباره كيف هي؟ فقال: يكون للمراه شىء على زوجها من صداق أو من غيره و يكون قد أعطاها بعضه فيكره كل واحد منهما صاحبه فتقول المراه لزوجها: ما أخذت منك فهو لى و ما بقى عليك فهو لك و أبارئك، فيقول الرجل: إذا أنت رجعت فى شىء مما تركت، فأنا أحق ببضعك»(١).

و فيه: انه لا- صراحه فيه فى اشتراط كراهه كل منهما لصاحبه، و العدم هو المفهوم من الصدوق فاقصر فى مباراه فقيهه على صحيح الحلبي، عن أبى عبد الله (عليه السلام) المباره أن تقول المراه لزوجها: لك ما عليك و اتركنى فتركها، إلا أنه يقول لها: إن ارتجعت فى شىء منه فأنا أملك ببضعك»(٢) و كذلك عبر فى مقنعه .

و المستفاد من الأخبار أن الأصل فى الفرق بينهما هو أن المختلفه تتكلم بتلك الكلمات «لا أطيع لك أمرا و لا أغتسل لك من جنابه- إلخ» و المباره لا- تتكلم بتلك بل تقول نظير ما مر «لك ما عليك و اتركنى» كما هو صريح صحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام) المباره يؤخذ منها دون الصداق، و المختلفه يؤخذ منها ما شاء أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر، و إنما صارت

ص: ٢٨

١- الكافي ج ٦، ص: ١٤٢ ح ١ و الظاهر أن معنى قوله «أو من غيره» أى أو من غير صداقها .

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥١٩ باب المباره

المبارأة تؤخذ منها دون المهر و المختلعه يؤخذ منها ما شاء لأن المختلعه تعتدى فى الكلام و تتكلم بما لا يحل لها»(١).

و يدل على تحقق المبارأة بمجرد طلب المرأة من الزوج تخليتها بشىء من مالها و أجابته صحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: «سألته عن امرأة قالت لزوجها: لك كذا و كذا و خلّ سبيلي، فقال: هذه المبارأة»(٢).

و صحيح أبى بصير، عنه عليه السلام: المبارأة أن تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركنى أو تجعل له من قبلها شىء فيتركها إلّا أنه يقول: فإن ارتجعت فى شىء فأنا أملكك ببضعك و لا يحل لزوجها أن يأخذ منها إلّا المهر فما دونه»(٣) و غيرها(٤).

(فلا يجوز له الزيادة على ما أعطها)

أمّا عدم جواز أخذ الزيادة على المهر فيها فمسلم، و إنّما الخلاف فى انه هل يجب الأقل أم لا؟ فقال بوجوبه على بن بابويه و المبسوطان و ابن حمزه و هو ظاهر العمانيّ و الصدوق و القاضى و النهايه، و قال بعدمه المفيد و المرتضى و الديلمىّ و الحلبيان و الحلّى، و يدل على قولهم موثق

ص: ٢٩

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٤٢ ح ٢

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٤٢ ح ٤

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٤٣ ح ٥

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٤٣ ح ٦

سماعه: سألته- إلى- و ليس له من المباره كلّ الذى أعطاهها»(1) وصحيح زراره المتقدم .

و يدلّ على الأوّل ظاهرا صحيح أبى بصير المتقدم «إلّا المهر فما دونه» وعليه فيقع التعارض بينهما , قيل: و يمكن الجمع بينهما بحمل الوارد فى صحيحه زراره «دون الصداق» على اعتبار ان لا تكون ازيد من مقدار المهر، فان صحيحه ابى بصير صريحه فى جواز كونها بمقداره بينما صحيحه زراره ظاهره فى اعتبار كونها أقلّ منه فيؤول الظاهر بقريته الصريح طبقا للقاعده العرفيه: كلما اجتمع دليلان متنافيان احدهما صريح و الآخر ظاهر أوّل الظاهر بقريته الصريح.

قلت: ان تم هذا الجمع مع صحيح زراره فلا يتم مع موثق سماعه: «و ليس له من المباره كلّ الذى أعطاهها» فانه غير قابل لهذا الحمل , و عليه فيكون التعارض مستقرا , قيل: و يلزم ترجيح صحيحه ابى بصير لموافقته مضمونها لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ .

و فيه: انه صحيح لو كانت الايه شامله للمباراه ايضا كما قيل لكن ذلك خلاف ظهورها لتقيدها بالخوف من عدم اقامه حدود الله وهو مختص بالخلع. و عليه فلا عام قوقانى يرجع اليه و لابد من الرجوع الى الاصل العملى و هو يقتضى عدم النفوذ إلّا بالاقبل من المهر.

(و لا بد فيها من الاتباع بالطلاق و لو قلنا فى الخلع انه لا يجب)

ص: ٣٠

قال الشيخ في الإستبصار: - بعد نقله موثق حمران، عن الباقر عليه السّلام: «المبارأه تبين من ساعتها من غير طلاق و لا ميراث بينهما لأنّ العصمه منهما قد بانت ساعه كان ذلك منها و من الزّوج» (١) و خبر جميل بن درّاج، عن الصادق: «المبارأه تكون من غير أن يتبعها الطّلاق» (٢):-

«هذه الأخبار أوردناها على ما رويت و ليس العمل على ظاهرها لأنّ المبارأه ليس يقع بها فرقه من غير طلاق و إنّما تؤثر في ضرب من الطّلاق في أن يقع بائنا لا يملك معه الرّجعه و هو مذهب جميع فقهاء أصحابنا المتقدّمين منهم و المتأخّرين لا نعلم خلافا بينهم في ذلك و الوجه أن نحملها على التقيّه لأنّها موافقه لمذهب العامّه و لسنا نعمل به» (٣).

و مثل استبصار كلامه في المبسوط فقال «فرّق أصحابنا بين الخلع و المبارأه، فلم يختلفوا في أنّ المبارأه لا يقع إلّا بلفظ الطّلاق و اختلفوا في الخلع، فقال المحصّلون منهم فيه مثل ذلك، و قال قوم منهم: يقع بلفظ الخلع».

اقول: و الظاهر صحّه ما قاله الشيخ من عدم وجود قائل منّا بعدم احتياج المبارأه إلى الطّلاق فإنّ الصدوق و المفيد و الديلميّ العّدين وقفنا على كلامهم ذكروا اتباع المبارأه بالطّلاق مع أنّ المفهوم منهم في الخلع عدم الاحتياج حتّى أنّ الصدوق لم يرو واحدا من الأخبار الظاهره في عدم

ص: ٣١

١- الإستبصار ج ٣، ص: ٣١٩ ح ٣ و تهذيب الأحكام ج ٨، ص: ١٠٢ ح ٢٤

٢- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ٣، ص: ٣١٩ ح ٤

٣- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ٣، ص: ٣١٩

الاحتياج إلى الطلاق، واما ما نقله الشيخ من موثق حمران وخبر جميل فالثاني منهما ضعيف سندا و الأول رواه الشيخ في التهذيب وفيه: «المخير» بدل المباره(١).

و يبقى صحيح محمّد بن إسماعيل، عن الرضا عليه السلام: «سألته عن المرأة تبارى زوجها أو تختلع منه بشاهدين عدلين على طهر من غير جماع هل تبين منه؟ فقال: إذا كان ذلك على ما ذكرت فنعم، قال: قلت: قد روى لنا أنها لا تبين منه حتى يتبعها الطلاق؟ قال: فليس ذلك إذن خلعا، فقلت: تبين منه؟ قال: نعم»(٢) فقد يقال بظهوره بعدم احتياج المباره الى اتباعها بالطلاق، و قد قيل في توجيهه بأن المراد من المباره الخلع فجعله عطفًا تفسيريًا بدليل أنّ الجواب «قال: فليس ذلك إذن خلعا»، و لم يزد «و لا مباره».

اقول: الظاهر ان هذا التوجيه غير صحيح و ذلك لان الخلع عطف على المباره باو فلا يمكن ان يكون عطفًا تفسيريًا، نعم يمكن القول بان الامام سكت عنها في الجواب وعليه فلا دلالة فيه عليها.

ص: ٣٢

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ٩٠ ح ٢٢٦

٢- وسائل الشيعة ١٥: ٤٩٢ الباب ٣ من كتاب الخلع و المباره الحديث ٩

(و صيغتها بارأتك) بالهمزه (على كذا) فأنت طالق، و صيغتها لا تنحصر في لفظها بل تقع بالكنايات الداله عليها كفاسختك على كذا أو أبنتك أو بنتك لأن البينونه تحصل بالطلاق كما تقدم .

هذا و الاستدلال على صحه المبرأه بغير صيغتها بصحيح أبي بصير «المبرأه أن تقول المرأه لزوجها: لك ما عليك و اتركني»^(١) و امثاله غير صحيح لان هذه الاخبار ليست في مقام كيفيه صيغتها و انما هي في مقام حقيقتها.

و يشترط في الخلع و المبرأه شروط الطلاق

(و يشترط في الخلع و المبرأه شروط الطلاق)

من كمال الزوج و قصده و اختياره و كون المرأه طاهرا طهرا لم يقاربها فيه بجماع إن كانت مدخولا بها حائلا غير يائسه و الزوج حاضراً و غيرها من الشروط.

اما اعتبار اجتماع شرائط صحه الطلاق فيهما فباعتبار انهما لما كانا فردين من الطلاق فتثبت لهما أحكامه.

ص: ٣٣

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ١٠٠ ح ١٨

هذا مضافا الى ان بعض الشرائط الخاصه للطلاق قد دلت الروايات الخاصه على ثبوتها لهما كصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت ابا عبد الله (عليه السلام) هل يكون خلع او مباراه أّا بطهر؟ فقال: لا يكون أّا بطهر»(١).

و صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) و عن سماعه، عن الصادق عليه السلام: «لا يكون طلاق و لا تخيير و لا مبارأه إّلا على طهر من غير جماع بشهود»(٢).

و صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام: لا طلاق و لا خلع و لا مبارأه و لا خيار إّلا على طهر من غير جماع»(٣).

و فى مرسل على بن حديد، عن الصادق عليه السلام، و عن زراره و محمد بن مسلم، عنه عليه السلام: المباراه تطليقه بائنه و ليس فى شىء من ذلك رجعه، و قال زراره: لا يكون إّلا على مثل موضع الطلاق إّما طاهرا و إّما حاملا بشهود»(٤).

ص: ٣٤

-
- ١- وسائل الشيعة ١٥: ٤٩٦ الباب ٦ من كتاب الخلع و المباراه الحديث ١
 - ٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٤٣ باب المباراه ح ٩
 - ٣- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٤٣ باب المباراه ح ١٠
 - ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق ال خ رسان) ج ٨ ص ١٠٢ باب الخلع و المباراه

وقال الشيخ في الخلاف: «لا يقع الخلع إلّا في طهر لم يقربها فيه بجماع إذا كان قد دخل بها، و خالف جميع الفقهاء في ذلك و قالوا: يجوز في حال الحيض و في طهر قربها فيه بجماع، دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم»(١).

حصيله البحث:

تحقق المباره بمجرد طلب المرأه من الزوج تخليتها بشىء من مالها و أجابته و لا يشترط فيها كراهيه الزوجين و لا يجوز له الزيادة على ما أعطها بل لا تصح إلّا بالاقل من المهر و لا بدّ فيها من الإتيان بالطلاق، و لو قلنا: في الخلع، لا يجب، و صيغتها بأرتك على كذا فأنت طالق، و صيغتها لا تنحصر في لفظها، و يشترط في الخلع و المباره شروط الطلاق.

(كتاب الظهار)

إشاره

الظهار مصدر ظاهر و هو تنزيل الزوج زوجته بمنزله أمه او غيرها من محارمه في حرمه نكاحها بمثل صيغه: انت على كظهر أمى .

و في المبسوط «سمي ظهارا اشتقاقا من الظهر و إنما خص ذلك بالظهر دون البطن و الفخذ و الفرج و غير ذلك من الأعضاء لأن كل بهيمه تركب فإنما يركب ظهرها، فلما كانت المرأه تركب و تغشى سميت بذلك»(٢).

و هو محرم للإيه الاتى شرحها لكن قيل: إنه لا عقاب فيه لتعقبه بالعفو(٣).

ص: ٣٥

١- الخلاف مساله ٢ من مسائل الخلع

٢- المبسوط ج ٥ ص ١٤٤

٣- جواهر الكلام ٣٣: ١٢٩.

و فيه: ان العفو ثابت للفاعل الاول باعتبار جهله بالتحريم و ليس لكل فاعل حتى مع علمه بذلك, و أنه تعالى عفا عن المظاهر الأول فلم يجعل عليه كفاره دون غيره فقد أنزل الكفاره لمن فعل ذلك بعده, و يشهد لذلك صحيح حمران عن أبي جعفر (عليه السلام) أن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: إن امرأه من المسلمين أتت النبي صلى الله عليه وآله فقالت: إن فلانا زوجي قد نثرت له بطني (1) و أعنته على دنياه و آخرته و لم ير مني مكروها و أنا أشكو إلى الله عز و جل و إليك, قال: ممّا تشتكينه, قالت: إنه قال لى اليوم «أنت على حرام كظهر أمي» و قد أخرجني من منزلي, و انظر فى أمرى, فقال النبي صلى الله عليه وآله: ما أنزل الله على كتابا أفضى به بينك و بين زوجك, و أنا أكره أن أكون من المتكلفين, فجعلت تبكى و تشكى ما بها إلى الله و إلى رسوله و انصرفت فسمع الله عز و جل مجادلتها لرسوله صلى الله عليه وآله في زوجها و ما شكّت إليه فأنزل الله عز و جل بذلك قرآنا «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَ تَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَ اللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا (يعنى محاورتها) (لرسول الله صلى الله عليه وآله في زوجها) إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا وَ إِنْ اللَّهُ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ» فبعث النبي صلى الله عليه وآله إلى المرأة فأنته فقال لها: جيئني بزواجك, فأنته به, فقال له أقلت لامراتك هذه: «أنت على حرام كظهر أمي»؟ قال: قد قلت لها ذلك, فقال له النبي صلى الله عليه وآله

ص: ٣٦

١- اى اكثرث له الولد من بطني .

و سلم: قد أنزل الله عز وجل فيك وفي امرأتك قرآنا، فقرأ عليه ما أنزل الله من قوله «قَدْ سَمِعَ اللَّهُ - إلى قوله - وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ غَفُورٌ» فضم امرأتك إليك فإنك قد قلت منكرا من القول وزورا قد عفا الله عنك و غفر لك فلا تعد، فانصرف الرجل و هو نادم على ما قال لامرأته، و كره الله ذلك للمؤمنين بعد أنزل الله عز وجل «الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ، ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا» (يعنى لما قال الرجل لامرأته: «أنت على حرام كظهر أمي» قال فمن قالها بعد ما عفا الله و غفر للرجل الأول) (١) فإن عليه تحرير رقبه من قبيل أن يتماسا (يعنى مجامعتها) ذلكم توعظون به و الله بما تعملون خبير. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا» فجعل الله عقوبه من ظاهر بعد النهى هذا، و قال: «ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَ رَسُولِهِ وَ تَلَكَ حُدُودُ اللَّهِ» فجعل الله عز وجل هذا حد الظهار، قال حمران: قال أبو جعفر عليه السلام: و لا يكون ظهار فى يمين و لا فى إضرار و لا فى غضب و لا يكون ظهار إلا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» (٢). و مثله فى الدلالة صحيح أبان و غيره عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: كان رجل على عهد النبى صلى الله عليه و آله يقال له: أوس بن الصامت و كانت تحته امرأه يقال لها: خوله بنت المنذر فقال لها ذات يوم: «أنت على كظهر أمي» ثم ندم من ساعته و قال لها: أيتها المرأة ما أظنك إلا و قد حرمت على، فجاءت إلى النبى صلى الله عليه و آله فقالت: إن زوجى قال لى: «أنت على كظهر أمي» (و كان هذا القول فى ما مضى

ص: ٣٧

١- سيأتى الاشكال فى هذه الفقرة من كونها خلاف ظاهر الايه المباركه .

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٢ باب الظهار

يُحْرَمُ الْمَرْأَةَ عَلَى زَوْجِهَا) فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: أَيُّهَا الْمَرْأَةُ مَا أَظْنُكَ إِلَّا وَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَيْكَ، فَرَفَعَتِ الْمَرْأَةُ يَدَهَا إِلَى السَّمَاءِ فَقَالَتْ: أَشْكُو إِلَيْكَ فِرَاقَ زَوْجِي فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: يَا مُحَمَّدُ «قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ» ثُمَّ أَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْكُفَّارَةَ فِي ذَلِكَ فَقَالَ «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَمْ تَوْعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ» فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصَّةً يَوْمَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا» (١)، فَإِنَّهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَرِيحًا كَالأَوَّلِ لَكِنَّهُ ظَاهِرٌ فِي أَنَّ الْكُفَّارَةَ نَزَلَتْ بَعْدًا لِمَنْ يَعْمَلُ عَمَلَهُ.

وَأَمَّا مَا فِي مَوْثِقِ أَبِي بَصِيرٍ، عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَقَالَ: ظَاهَرَتْ مِنْ امْرَأَتِي؟ قَالَ: أَذْهَبُ فَأَعْتَقُ رَقَبَةً، قَالَ: لَيْسَ عِنْدِي، قَالَ: أَذْهَبُ فَصَمُّ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، قَالَ: لَا أَقْوَى، قَالَ: أَذْهَبُ فَأَطْعِمُ سِتِّينَ مِسْكِينًا، قَالَ: لَيْسَ عِنْدِي، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: أَنَا أَتَصَدَّقُ عَنْكَ فَأَعْطَاهُ تَمْرًا لِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا، قَالَ: أَذْهَبُ فَتَصَدَّقُ بِهِ، فَقَالَ: وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ مَا أَعْلَمُ بَيْنَ لَابَتَيْهَا أَحَدًا أَحْوَجَ إِلَيْهِ مِنِّي وَ مِنْ عِيَالِي، قَالَ: فَأَذْهَبُ فَكُلْ وَأَطْعِمْ عِيَالَكَ» (٢) الْمُنَافِي لِمَا تَقْدَمُ فِرَاقَ الصَّدُوقِ فِي الْفَقِيهِ ثُمَّ قَالَ فِيهِ: «هَذَا الْحَدِيثُ فِي الظَّهَارِ غَرِيبٌ نَادِرٌ لِأَنَّ الْمَشْهُورَ فِي

ص: ٣٨

١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٦ باب الظهار

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٥ باب الظهار

هذا المعنى فى كُفّاره من أفطر يوماً من شهر رمضان» (١). قلت: فمع معارضته لما تقدم قد اعرض عنه الاصحاب كما صرح بذلك الصدوق فلا عبره به .

و مثله فى الضعف سندا و ينافى ما تقدم مرسل المحكم و المتشابه للمرتضى نقلا عن تفسير النعمانى بإسناده عن على (عليه السلام) «و أمّا المظاهره فى كتاب الله... الخ» (٢).

صيغه الظهار

(و صيغته: هى على كظهر أمى أو أختى أو بنتى أو غيرهنّ و لو من الرضاع على الأشهر)

و ذهب ابن ادريس إلى عدم الوقوع بغير الأمّ، و ذهب القاضى إلى عدم التحريم بغير النسب من الرضاع و المصاهرة، و ذهب المبسوط إلى الوقوع بالرضاع دون المصاهرة و هو ظاهر الإسكافى و ابن حمزه، و بالرضاع أفتى المبسوط، و القاضى و ابن حمزه و إن ذهب المهذب إلى عدم إجزائه.

و أمّا المصاهرة فلم يصرح أحد بإجزائها بل أنكره المبسوط و المهذب و مستند الإلحاق فى الرضاع قوله صلّى الله عليه و آله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» و مستند الإلحاق فى المصاهرة قوله (عليه السلام) فى صحيح زراره « سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الظهار فقال: هو من كلّ ذى محرم أمّ أو

ص: ٣٩

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٥٣٢ ح ٤٨٣٧

٢- وسائل الشيعه، ج ٢٢، ص: ٣٠٦

أخت أو عمّه أو خاله» (١) و جعل «أمّ أو أخت أو عمّه أو خاله» من باب المثال .

و هو المفهوم من العمانيّ حيث قال: «و الظهار عند آل الرسول عليهم السّلام أن يقول الرّجل لامرأته أو لأمته هي عليه كظهر أمّه أو كظهر خالته أو كظهر ذات محرم»، و المحرم بالمصاهرة أيضا ذات محرم كالرّضاع و كالنّسب.

و يدلّ على عدم الاختصاص بالأُمّ صحيح زراره المتقدّم و صحيح جميل بن درّاج: قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرّجل يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر عمّته أو خالته؟ قال: هو الظهار» (٢).

و استند ابن ادريس إلى ظاهر الآيه «إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَمَدْنَهُمْ» و يردّه أنّها الفرد الأظهر و تعليقه «وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا» يدلّ على التعميم فمن قال لزوجته: «أنت عليّ كظهر أختي» ليست امرأته أخته إلّا من ولدها أبواه أو أحدهما.

و أمّا ما في صحيح سيف التّمّار: «قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرّجل يقول لامرأته: «أنت عليّ كظهر أختي أو عمّتي أو خالتي» قال: فقال: إنّما ذكر الله الأمّهات و إنّ هذا لحرام» (٣) فمجمّل، و الصحيحان الأوّلان مفضّلان

ص: ٤٠

-
- ١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٣ ح ٣ و الفقيه ج ٣ ص ٥٢٦
 - ٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٥ ح ١٠
 - ٣- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٧ ح ١٨

و يحمل المجمع على المفصل و هما أيضا مشتهران فعمل بهما العماني و الإسكافي و الصدوق و الشخان و الديلمي و الحلبيان و القاضي و ابن حمزه.

و بذلك يظهر ضعف ما في الخلاف «اختلفت أخبار أصحابنا فيه»^(١) فإنه يصح الاختلاف لو كان خبر سيف دالاً على العدم.

حصيله البحث:

الظهار: تنزيل الزوج زوجته بمنزله أمه او غيرها من محارمه في حرمه نكاحها بمثل صيغه: انت علي كظهر أمي, وهو من المحرمات و صيغته: هي علي كظهر أمي أو أختي أو بنتي أو غيرهن من المحرمات و لو من الرضاع و المصاهرة .

و هل يختص الظهار بلفظ الظهر؟

(و لا اعتبار بغير لفظ الظهر من أجزاء البدن)

عند المصنف خلافا للمرتضى حيث ذهب إلى اعتباره و تبعه ابن زهره و الحلبي و الإسكافي و الصدوق و الشيخ و القاضي و ابن حمزه، و هو ظاهر الكافي حيث اعتمد خبر يونس، عن بعض رجاله، عن الصادق عليه السلام: سألته عن رجل قال لامرأته: «أنت علي كظهر أمي أو كيدها أو كبطنها أو كفرجها أو كنفسها أو ككفها أ يكون ذلك الظهار و هل يلزمه فيه ما يلزم

ص: ٤١

١- الخلاف في ١٠ من أخبار ظهاره

المظاهر؟ فقال: المظاهر إذا ظاهر من امرأته فقال هي عليه كظهر أمه أو كيدها أو كرجلها أو كشعرها أو كشيء منها، ينوى بذلك التحريم فقد لزمته الكفارة في كل قليل منها أو كثير و كذلك إذا هو قال كبعض ذوات المحارم، فقد لزمته الكفارة» (١) و إفتى الفقيه بمضمونه، ناسبا له إلى ذكر إبراهيم بن هاشم له في نوادره (٢).

و يؤيد ذلك خبر سدير عن الصادق (عليه السلام) «قلت له: الرجل يقول لامرأته: «أنت عليّ كشعر أمي أو ككفها أو كبطنها أو كرجلها» قال: ما عني؟ إن أراد به الظهار فهو الظهار» (٣).

و ادعى الشيخ في الخلاف عليه الاجماع فقال: «إذا قال: «أنت عليّ كيد أمي أو رجلها» و نوى به الظهار كان مظاهرا- ثم قال:- دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم» (٤).

و اما اجماع المرتضى في الانتصار على عدم الوقوع بغير الظهر فكما ترى، فقد قال به جمع من اصحابنا كما تقدم و لم نر قبل الصدوق تصريح أحد بالعدم.

ص: ٤٢

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦، ص: ١٦١ ح ٣٦ و في سننه صالح بن سعيد و هو لم يوثق.

٢- الفقيه، ج ٣، ص: ٥٢٨ و في الوافي و الوسائل بدل «أو ككفها» «أو ككعبها» .

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان) ج ٨ ص ١٠

٤- الخلاف في ٩ من مسائل ظهاره

(و لا التشبيه بالأب أو الأجنبيه أو أخت الزوجه)

لعدم الدليل على التحريم به أصلا و لا أثر فيه من خبر قوى أو ضعيف.

(أو مظاهرتها منه)

لعدم الدليل عليه و لمعتبر السيكونى «عن الصادق (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا قالت امرأة: «زوجى على حرام كظهر أمى» فلا كفاره عليها (١) و به افتى الفقيه (٢).

و لا يقع إلا منجزا

(و لا يقع إلا منجزا، و قيل يصح تعليقه على الشرط) مثل: إذا دخلت الدار (لا على الصفه) مثل: إذا جاء رأس الشهر (و هو قوى)

قلت: الظاهر من صاحب القيل عدم الفرق بين الشرط و الصفه فى المعنى فقال الشيخ فى المبسوط: «الظهار يصح عاجلا و آجلا، فالعاجل أن يقول: أنت على كظهر أمى» و الآجل أن يقول: «إذا دخلت الدار و إذا جاء رأس الشهر» و فى أصحابنا من منع الظهار إذا كان شرطا» فجعل «إذا جاء رأس

ص: ٤٣

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٩

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٥

الشهر» مثل «إذا دخلت الدار»، و مثله قال في الخلاف (١) و العلامه في المختلف (٢) و عليه فلا وجه للتفريق بينهما .

و كيف كان فسوّغ الشيخ الظهار مع الشرط، و كذا المقنع و ابن حمزه و الفقيه (٣)، و ذهب المرتضى في انتصاره و الدليمي و القاضي في كتابيه و الحلبيان إلى عدم وقوعه بالشرط و نسبه الحلبي إلى المفيد و الظاهر من الكافي التردد حيث روى خبر ابن بكير، عن رجل من أصحابنا، عن رجل قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنني قلت لامرأتى: «أنت عليّ كظهر أمي إن خرجت من باب الحجره، فخرجت؟ فقال: ليس عليك شيء، قلت: إنني قويت على أن أكفر رقبه و رقبتي، قال: ليس عليك شيء قويت أولم تقو» (٤) .

و خبر القاسم بن محمد الزيات «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنني ظاهرت من امرأتى فقال: كيف قلت؟ قال: قلت: «أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا» فقال: لا شيء عليك و لا تعد» (٥) و هما دالان على عدمه.

ثم روى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج، عن الصادق عليه السلام: «الظهار ضربان أحدهما فيه الكفار قبل المواقعه و الآخر بعدها فالذي يكفر قبل

ص: ٤٤

١- الخلاف في ٢٠ من مسائل الظهار

٢- المختلف (في ٦ من مسائل ظهاره)

٣- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٢

٤- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٤

٥- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٨

المواقعه الذى يقول: «أنت على كظهر أمى» و لا يقول: «إن فعلت بك كذا و كذا» و الذى يكفر بعد المواقعه هو الذى يقول: «أنت على كظهر أمى إن قربتك»(١) و هو دال على صحته و بمضمونه أفتى فى الفقيه(٢) لكنه زاد عليه: «فإن جامع من قبل أن يكفر لزمته كفاره أخرى» كما سيأتى البحث عنه .

اقول: و الاولان ضعيفان السند بخلاف الاخير نعم رواه التّهذيب صحيحا ايضا عن عبد الرحمن بن الحجاج تاره مثل الكافى(٣) و اخرى مع تفاوت فقيه: «قال: الظهار على ضربين فى أحدهما الكفاره إذا قال: «أنت على كظهر أمى» و لا يقول: «أنت على كظهر أمى إن قربتك»(٤) و لا يخفى عدم استقامه العبارة فلم يذكر الضرب الثانى و عليه فلا وثوق بعبارة فلا يعارض نسخه الكافى المؤيده باحدى روايتى التّهذيب .

□
و يشهد لصحة الظهار مع الشرط ايضا صحيح على بن مهزيار قال: كتب عبد الله بن محمّد إلى أبى الحسن عليه السّلام: أنّ بعض مواليك يزعم أنّ الرجل إذا تكلم بالظهار وجبت عليه الكفاره حنث أو لم يحنث، و يقول: حنثه كلامه بالظهار، و إنّما جعلت عليه الكفاره عقوبه لكلامه، و بعضهم يزعم أنّ الكفاره لا تلزمه حتّى يحنث فى الشىء الذى حلف عليه، و إن حنث وجبت عليه الكفاره و إلّا فلا كفاره عليه؟ فوقّع (عليه السلام) بخطّه «لا تجب

ص: ٤٥

-
- ١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٦٠ ح ٣٢
 - ٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٧
 - ٣- وسائل الشيعه، ج ٢٢، ص: ٣٣٢ باب ١٦ ح ١
 - ٤- وسائل الشيعه، ج ٢٢، ص: ٣٣٤ ح ٨

الكفّاره حتّى يجب الحنث»(١) و المراد من «حتّى يجب الحنث» حتّى يعزم على الحنث.

و صحيح حريز عن الصّادق (عليه السلام) قال: «الظهار ظهاران فأحدهما أن يقول: «أنت علىّ كظهر أمّي» ثمّ يسكت فذلك الذى يكفره قبل أن يواقع فإذا قال: «أنت علىّ كظهر أمّي إن فعلت كذا و كذا» ففعل و حنث فعليه الكفّاره حين يحنث»(٢).

و اما صحيحه الاخر «عن الصّادق عليه السّلام: إذا حلف الرّجل بالظهار فحنث فعليه الكفّاره قبل أن يواقع و إن كان منه الظهار فى غير يمين فإنّما عليه الكفّاره بعد ما يواقع» فقال فيه معاويه- يعنى ابن حكيم الواقع فى الطريق: و ليس يصحّ هذا على وجه النظر و الأثر فى غير هذا الأثر أن يكون الظهار لأنّ أصحابنا رووا أنّ الأيمان لا يكون إلّا بالله و كذلك نزل بها القرآن»(٣). قلت: ذيله مجمل و لذا اشكل فيه معاويه كما و انه اجنبى عن الظهار بشرط و لا علاقه له بصحيح عبد الله بن المغيرة «قال تزوّج حمزه بن حمران ابنه بكير فلّمّا أراد أن يدخل بها قال له النّساء: لسنا ندخلها عليك حتّى تحلف لنا و لسنا نرضى أن تحلف بالعتق لأنّك لا تراه شيئاً و لكن احلف لنا بالظهار و ظاهر من أمّهات أولادك و جواريك، فظاهر منهنّ ثمّ

ص: ٤٦

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٧

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان) ج ٨ ص ١٢

٣- الكافى (ط - دارالحديث) ج ١١ ص ٧٣٥

ذكر ذلك لأبي عبد الله (عليه السلام) فقال: ليس عليك شيء أرجع إليهن» (١) كما قيل و ذلك لان ظهاره كان بالاكراه و لا اثر له.

و اما ما فى صحيح صفوان، عن أبى الحسن عليه السلام: سألته عن الرجل يصلّى الصّلاه أو يتوضّأ فيشكّ فيها بعد ذلك فيقول: إن أعدت الصّلاه أو أعدت الوضوء فامرأته عليه كظهر أمّه و يحلف على ذلك بالطلاق؟ فقال: هذا من خطوات الشيطان ليس عليه شيء» (٢) الدال على كون لغويه الشرط و كونه مانعا عن انعقاده , فالبطلان فيه من جهة الوسواس لعدم القدره على ترك الوسواس فإنه نوع من الجنون كما قيل (٣) بقرينه قوله (عليه السلام) هذا من خطوات الشيطان الذى هو بمثابة التعليل, و عليه فهو اخص من المدعى مضافا الى ان بطلان الحلف بالطلاق عندنا .

و الأقرب صحه توقيته بمدّه

(و الأقرب صحه توقيته بمدّه)

لم يذهب إليه منّا إلّا الإسكافى، و صرّح بالمنع الشيخ و القاضي و الحلّى، و إنّما العامّه روى أنّ سلمه بن صخر ظاهر من امرأته فى مدّه شهر رمضان فروى ابن ماجه «عن سلمه بن صخر البياضى قال: كنت امرءا أستكثر من النساء لا أرى رجلا كان يصيب من ذلك ما أصيب، فلمّا دخل رمضان

ص: ٤٧

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٤

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٥

٣- روضه المتقين فى شرح من لا يحضره الفقيه (ط - القديمه) ج ٩ ص ١٦١

ظاهرت من امرأتى حتى ينسلخ رمضان فينما هي تحدثنى ذات ليله انكشف لى منها شىء فوثبت عليها فواقعتهـ إلىـ قال له النبى صلى الله عليه وآله: فأعتق رقبه، قلت: و الذى بعثك بالحق ما أصبحت أملك إلا رقبتي هذه، قال: فصم شهرين متتابعين، قلت: و هل دخل على ما دخل من البلاء إلا بالصوم، قال: فتصدق أو أطعم ستين مسكينا، قلت: و الذى بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا هذه ما لنا عشاء، قال: فاذهب إلى صاحب صدقه بنى زريق فقل له، فليدفعها إليك و أطعم ستين مسكينا و انتفع ببقيتها». بيان: أستكثر أى من جماعهن لا نكاحهن.

و روى الترمذى «عن سلمان بن صخر أو سلمه بن صخر بمضمونه، و فى خبره «جعل امرأته عليه كظهر أمه حتى يمضى رمضان، فلما مضى نصف من رمضان وقع عليها ليلاـ إلى أن قال بعد قوله بعد تمكنه من الكفارات الثلاثـ فقال صلى الله عليه وآله لفره بن عمرو: أعطه العرقـ مکتل يأخذ خمسة عشر صاعا أو ستة عشر صاعاـ إطعام ستين مسكينا»(١).

و استدلل المختلف و تبعه الجواهر بصحيح سعيد الأعرج «عن الكاظم (عليه السلام) فى رجل ظاهر من امرأته يوما، قال: ليس عليه شىء» قلت: اشتبه عليه الخبر فإنما فى الخبر «وفى» لا «يوما» كما رواه التهذيب و الاستبصار(٢).

ص: ٤٨

١- النجعه ج ٩ ص ٣٥٢ نقلا عن ابن ماجه (فى سننه فى ظهاره ٢٥ من طلاقه) و الترمذى فى سننه (فى خبره ١٢١٥)

٢- تهذيب الأحكام ج ٨ ص ١٤ و الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ٣ ص ٢٦٢

و أما الاستدلال لذلك بعموم الآيات و الروايات , ففيه: أن موردها غير الموقت .

حصيله البحث:

يصح تعليق الظهر على الشرط و الصفه و لا يصح توقيته بمده.

شروط الظهر

(و لا بد من حضور عدلين)

بلا- خلاف في ذلك كما في الجواهر(1) و يدل عليه صحيح حمران: «قال ابو جعفر عليه السلام: لا يكون ظهر في يمين و لا في اضرار و لا في غضب، و لا يكون ظهر الا في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين»(2).

نعم يظهر الخلاف من الشهيد الثاني حيث ذكر ان النص عبر بلزوم كونهما مسلمين لا اكثر(3).

و فيه: ان النص منصرف الى العادلين اعتمادا على وضوح الامر.

ص: ٤٩

١- جواهر الكلام ٣٣: ١٠٥

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٣ و الفقيه في ٢٠ من أخبار ظاهره، و رواه الإستبصار في أول ظاهره عن حمزه بن حمران كما في مطبوعه و خطيه و في نقل الجامع، و حينئذ فما في الاستبصار و هم بعد اتفاق الكتب الثلاثه على روايته عن نفس حمران مع أن كون حمران من أصحاب الباقر (عليه السلام) محقق دون ابنه .

٣- مسالك الافهام ٢: ٧٦

(و كونها طاهراً من الحيض و النفاس)

لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام و قد سأله عن كفيته، فقال: «يقول الرجل لامرأته و هي طاهر في غير جماع: أنت على حرام كظهر أُمي»^(١).

(و أن لا يكون قد قربها في ذلك الطهر)

و ذلك لصحيح حمران المتقدم.

و هل شرطيه الطهر تختص بما اذا كان الزوج حاضراً كما هو الحال في الطلاق؟ مقتضى مرسله ابن فضال عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق»^(٢) التي بها عمل الكافي و الفقيه^(٣) الاختصاص و نسب الى المشهور بل في الجواهر نفى الخلاف على الاختصاص^(٤).

و اما ضعف سندها بالارسال فقد يقال بحجيتها بناء على المسلك القائل بحجيه كل روايه ورد في سندها احد بنى فضال استنادا الى ما رواه الشيخ الطوسي عن عبد الله الكوفي خادم الشيخ الحسين بن روح رضى الله عنه

ص: ٥٠

١- تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان) ج ٨ ص ٩

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٤

٣- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٦

٤- جواهر الكلام ٣٣: ١٢٣

قال: «سئل الشيخ- يعنى ابا القاسم- رضى الله عنه عن كتب ابن ابى العزاقر بعد ما ذم و خرجت فيه اللعنه فقيل له: فكيف نعمل بكتبه و بيوتنا منه ملاء؟ فقال: اقول فيها ما قاله ابو محمد الحسن بن على صلوات الله عليهما و قد سئل عن كتب بنى فضال فقالوا: كيف نعمل بكتبهم و بيوتنا منها ملاء؟ فقال صلوات الله عليه: خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا»(١).

و المسلك المذكور قابل للتأمل لضعف الروايه المذكوره سندا بعبد الله الكوفى، فانه لم يوثق، و دلالة حيث تدل على انه لا موجب للتوقف من ناحيه بنى فضال اذا وردوا فى سند روايه من اجل اعتقادهم الفاسد لا ان الروايه تكون حجه حتى مع ضعفها من جهات اخرى، و عليه فان عمل بها مشهور المتقدمين كما قد يفهم ذلك من عباره الجواهر فهو و الأ فمقتضى اطلاق صحيح حمران(٢) العدم .

(و أن يكون المظاهر كاملاً قاصداً)

اما اعتبار بلوغ الزوج المظاهر و عقله فلا-ن الا-دله الداله على حصول التحريم بالظهار ناظره الى خصوص البالغ العاقل بقربنه اثباتها لعنوان الزور و المنكر و لوجوب الكفاره على اراده العود، و يبقى غيره بلا- دليل يدل على حصول التحريم به فيتمسك بالاستصحاب.

ص: ٥١

١- الغيبه للشيخ الطوسى: ٢٣٩

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٢ باب الظهار

هذا كله لو فرض تحقق القصد الى الظهر- كما فى العاقل- و الّا فالامر اوضح.

و اما اعتبار الاختيار فلحديث نفي الاكراه(١).

و اما اعتبار القصد فلانه بدونه لا يصدق عنوان الظهر. على ان بعض الروايات قد دلت على ذلك، كما وثقه عبيد بن زراره عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا طلاق الا ما اريد به الطلاق و لاظهار الا ما اريد به الظهر»(٢) و غيرها.

و يعتبر فى تحقق الظهر ايضا عدم الغضب وعدم قصد الاضرار بالزوجه و ذلك لصحيح حمران المتقدم «و لا يكونظهار فى يمين و لا فى إضرار و لا فى غضب» و مقتضى اطلاقه الشمول لحاله ثبوت القصد أيضا.

قيل: و لا يقع اذا قصد به الزجر، كما لو قال الزوج: فلانه كظهر أمى على ان تركت الصلاة لصحيح صفوان عن ابي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يصلى الصلوات او يتوضأ فيشك فيها بعد ذلك فيقول: ان اعدت الصلاة أو اعدت الوضوء فامرأته عليه كظهر امه و يحلف على ذلك بالطلاق فقال: هذا من خطوات الشيطان ليس عليه شىء»(٣).

ص: ٥٢

١- وسائل الشيعة ١١: ٢٩٥ الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس الحديث

٢- وسائل الشيعة ١٥: ٥١٠ الباب ٣ من كتاب الظهر الحديث ١

٣- وسائل الشيعة ١٥: ٥١٣ الباب ٦ من كتاب الظهر الحديث ٤

قلت: لا ظهور للصحيحه فى ذلك و المتيقن من البطلان فيه هو من جهه الوسواس لعدم القدره على ترك الوسواس فإنه نوع من الجنون كما قيل (١) بقرينه قوله (عليه السلام) هذا من خطوات الشيطان الذى هو بمثابة التعليل, و عليه فهو اخص من المدعى مضافا الى ان بطلان الحلف بالطلاق عندنا .

حصيله البحث:

شرائط الظهار: لابد من حضور عدلين يسمعان صيغه الظهار و كونها طاهراً من الحيض و النفاس و ان تكون مدخولا بها و أن لا يكون قد قربها فى ذلك الظهر و أن يكون المظاهر كاملاً قاصداً و يعتبر فى تحقق الظهار ايضا عدم الغضب و عدم قصد الاضرار بالزوجه و ان لا يكون ظهاره من جهه الوسواس .

و هل يصح من الكافر؟

(و يصح من الكافر)

كما قال بصحته ابن ادريس لعموم ادله الظهار، و عدم المانع، إذ ليس هو عباده يمتنع وقوعها منه لنجاسته، و القول بعدم الصّحّه، للمبسوطين و هو ظاهر الإسكافيّ لأنه لا يقر بالشرع، و الظهار حكم شرعى، و لأنه لا تصح منه الكفاره لاشتراط نيه القربه فيها فيمتنع منه الفئه و هى من لوازم وقوعه.

ص: ٥٣

١- روضه المتيقن فى شرح من لا يحضره الفقيه (ط - القديمه) ج ٩ ص ١٦١

ورد الشهيد الثاني ذلك بقوله: و يضعف بأن الظهار من قبيل الأسباب و هي لا- تتوقف على اعتقادها و التمکن من التكفير متحقق بتقديمه الإسلام، لأنه قادر عليه، و لو لم يقدر على العبادات لامتنع تكليفه بها عندنا، و إنما تقع منه باطله لفقد شرط مقدور(١).

(و الأقرب صحته بملك اليمين)

ذهب إليها العماني و الشيخ و ابن حمزه، و ذهب المفيد و الديلمي و الحلبي و القاضي إلى عدم الصحه، و الصحه هي المفهوم من الكافي و الفقيه حيث روي صحيح إسحاق بن عمارة انه سأل أبا إبراهيم (عليه السلام) عن الرجل يظاهر من جاريته، فقال: الحرّه و الأمه في هذا سواء(٢) و به قال علي بن إبراهيم(٣).

و يشهد لذلك ايضاً النصوص المستفيضة منها صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في خبر «قال: و سألته عن الظهار على الحرّه و الأمه، فقال: نعم»(٤).

ص: ٥٤

١- الروضه البهيه في شرح اللمعه دمشقيه (ط - كلانتر)؛ ج ٦، ص: ١٣٢

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٥

٣- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٨

٤- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٦

و اما قول المختلف: «العدم هو الظاهر من كلام الصدوق و ابن الجنيد حيث قالوا: لا يقع الظهار إلّا على موقع الطلاق», ففيه: أنهما أرادا في كون المرأة في غير طهر المواقعه مع حضور عدلين .

و أما موثق حمزه بن حمران، عن الصادق عليه السلام: «سألته عن رجل جعل جاريتيه عليه كظهر أمه فقال: يأتيها و ليس عليه شيء» (١)، فقال فيه الشيخ: روى في كتاب البزوفري أنّ حمزه راوى هذا الخبر يقول ذلك لجاريه يريد بها رضاء زوجته فلم يكن ظهارا صحيحا» (٢).

قلت: و يشهد له موثق حمران «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) رجل قال لأمته: «أنت عليّ كظهر أمي»- يريد أن ترضى بذلك امرأته- قال: يأتيها و ليس عليها و لا عليه شيء» (٣).

اشتراط الدخول في تحقق الظهار

(و المروى اشتراط الدخول)

كما ذهب إليه الصدوق و الشيخ و في المختلف و هو الظاهر من كلام الإسكافى و القاضى فى كتابيه و هو المفهوم من العماني لصحيح محمد بن

ص: ٥٥

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٤

٢- الاستبصار؛ ج ٣، ص: ٢٦٥؛ باب ١٦١ باب أن الظهار يقع بالحره و المملوكه.

٣- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٣

مسلم عن ابي جعفر و ابي عبد الله عليهما السلام: «المراه التي لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها ايلاء و لاظهار»(١) و غيره.

و لم يشترطه المفيد والمرضى(٢) و الديلمى و ابن زهره و الحلبي و قد يستدل له اما باطلاق الآيه الكريمه او بمرسله ابن فضال المتقدمه بتقريب ان صحه الطلاق ليست مشروطه بالدخول فيلزم ان يكون الامر فى الظهار كذلك.

و فيه: اما بالنسبه الى اطلاق الآيه الكريمه فهو قابل للتقييد بصحيح محمد بن مسلم المتقدم , بل يمكن استفاده اشتراط الدخول من الكتاب من قوله تعالى {ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا} فَإِنَّ الظاهر أنّ المراد يعودون لما قالوا من ترك الوطى و العود إنّما يصدق إذا كان وطئ أولاً .

و اما بالنسبه الى مرسله ابن فضال فهى تدل على ان الظهار لا يصح فى المورد الذى لا يصح فيه الطلاق و لا تدل على انه كلما صح الطلاق صح الظهار.

(و يكفى الدبر)

عند المصنف و ليس به نصّ خاصّ، كما و لا يصدق أنّه دخل بها لانه خلاف المنصرف منه.

ص: ٥٦

١- وسائل الشيعه ١٥: ٥١٦ الباب ٨ من كتاب الظهار الحديث ٢

٢- جواهر الكلام ٣٣: ١٢٤

(و يقع الظهار بالرتقاء و القرناء و المريضه التى لا توطأ)

قلت: إذا كان الدخول شرطاً و لم يرد نصّ باستثناء الثلاثة فلا وجه لما قاله إلّا من جهة أن يكون الدخول بهنّ من الدبر و قد عرفت عدم كفايته.

حصيله البحث:

يصحّ الظهار من الكافر و الأقوى صحّته بملك اليمين و يشترط الدخول فى تحقق الظهار و لا يكفى الدبر و لا يقع الظهار بالرتقاء و القرناء و المريضه اللواتى لم يوطأن .

و تجب الكفاره بالعود

(و تجب الكفاره بالعود و هى إرادته الوطى بمعنى تحريم وطئها حتى يكفر)

اقول: يحرم بالظهار و طء الزوجه قبل التكفير كما هو صريح الآيه الكريمة: {وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا...} (١) و صحيح الحلبي: «سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد ان يتم على طلاقها قال: ليس عليه كفاره. قلت: ان اراد ان يمسخها؟ قال: لا يمسخها حتى يكفر. قلت: فان فعل فعليه شىء؟ قال: اى و الله

ص: ٥٧

انه لآثم ظالم. قلت: عليه كفاره غير الاولى؟ قال: نعم يعتق أيضا رقبه»(١) و غيره.

ولا- يجب التكفير بمجرد التلقظ من دون اراده العود و ذلك لظاهر الآيه الكريمه { تُمْ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا } يعنى يريدون العود إلى الوطى, و صحيح الحلبي السابق و صحيح علي بن مهزيار قال: كتب عبد الله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام: أن بعض مواليك يزعم أن الرجل إذا تكلم بالظهار وجبت عليه الكفاره حنث أو لم يحنث، و يقول: حنثه كلامه بالظهار، و إنما جعلت عليه الكفاره عقوبه لكلامه، و بعضهم يزعم أن الكفاره لا- تلزمه حتى يحنث في الشيء الذي حلف عليه، و إن حنث وجبت عليه الكفاره و إلا فلا كفاره عليه؟ فوقع (عليه السلام) بخطه «لا تجب الكفاره حتى يجب الحنث»(٢) و المراد من «حتى يجب الحنث» حتى يعزم على الحنث، و غيرهما، بل يكفي لئفى ذلك القصور فى المقتضى بلا حاجه الى دليل يدل على النفى .

و كذلك تسقط الكفاره لو طلقها كما فى المستفيضه منها صحيحه محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام- فى خبر:- و سألته عن رجل ظاهر من امرأته، ثم طلقها قبل أن يواقعها عليه كفاره؟ قال: لا»(٣).

ص: ٥٨

١- وسائل الشيعة ١٥: ٥٢٧ الباب ١٥ من كتاب الظهار الحديث ٤

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٧

٣- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٦

و أمّا ما فى صحيح حمران المتقدم (و كره الله ذلك للمؤمنين بعد فأنزل «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا»
يعنى لما قال الرجل لامرأته: «أنت على حرام كظهر أمي» قال فمن قالها بعد ما عفا الله و غفر للرجل الأول فإن عليه تحرير رقبه)
(١) فخلاص ظاهر الايه و لعلّ التفسير ليس منه (عليه السلام) فلو كان المراد ما قال لقال: «ثم يعودون لما قال» لا «لما قالوا فإنه
يرجع الضمير فيه إلى «و الذين».

و اما ما فى مرسل موسى بن أكيل النميرى، عنه (عليه السلام) فى خبر «قيل: فإنه راجعها؟ قال: إن كان إنما طلقها لإسقاط
الكفّاره عنه، ثم راجعها، فالكفّاره لازمه له أبدا إذا عاود المجامعه، و إن كان طلقها و هو لا ينوى شيئا من ذلك فلا بأس أن
يراجع و لا كفّاره عليه» (٢) فالمراد و لا كفّاره عليه إذا راجعها و أمسكها بدون إرادته مواقعه و إلا كان مخالفا للقران كسابقه .

و اما ما فى صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله، و الحسن بن زياد، عن الصادق عليه السلام: إذا طلق المظاهر ثم راجع فعليه
الكفّاره» (٣) فهو محمول على الرجوع بإرادته التماس .

و لو وطئ قبل التكفير عامدا فكفارتان

(و لو وطئ قبل التكفير عامدا فكفارتان)

ص: ٥٩

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٢ باب الظهار

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٩

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨

و اذا كَفَّر لإرادته العود قبل الوطء فلا تجب عليه اخرى بعده، بخلاف ما لو وطئها بدون تكفير فانه تلزمه كفارتان احدهما للوطء و الاخرى لإرادته العود كما هو المستفاد من صحيح الحلبي السابق و غيره، كما ذهب إليه الشيخان و الديلمى و القاضى و ابن حمزه و الحلبي (١) و الصدوق فى فقيهه (٢).

و ذهب الإسكافى إلى كون الكفارة واحده، فقال: «فان وطئ لم يعاود الوطى ثانيا حتى يكفر». و يشهد له اطلاق صحيح زراره، عن الباقر عليه السلام: إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم غشيها قبل أن يكفر فإثما عليه كفارة واحده و يكف عنها حتى يكفر» (٣) و فيه: انه معارض لما تقدم , معارض بمفهوم صحيحه محمد بن مسلم عن الباقر (عليه السلام) «الظهار لا يقع على الحنث فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتى يكفر، فإن جهل و فعل فإثما عليه كفارة واحده» (٤) الدال على انه ان لم يكن جاهلا لم تكن الكفارة واحده و النسبه بينهما العموم و الخصوص المطلق و حينئذ يحمل المطلق على المقيد .

ص: ٦٠

-
- ١- مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة؛ ج ٧، ص ٤٢٥، مسأله ٧٨
 - ٢- من لا يحضره الفقيه؛ ج ٣ ص ٥٣٠
 - ٣- تهذيب الأحكام ج ٨ ص: ٢٠ ح ٣٧
 - ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٩ ح ٣٦

وقد يستدل له بصحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام) «عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات قال يكفّر ثلاث مرّات قلت: فإن واقع قبل أن يكفّر؟ قال: يستغفر الله و يمسك حتى يكفّر»^(١)، وفيه: ان دلالته من باب مفهوم اللقب و لا عبره به .

□
و اما خبر عليّ بن جعفر «عن آبائه، عن عليّ عليهم السّلام قال: أتى رجل من الأنصار من بنى النّجار النّبىّ صلّى الله عليه و آله فقال: إننى ظاهرت من امرأتى فواقعته قبل أن أكفّر؟ قال: و ما حملك على ذلك، قال: رأيت بريق خلخالها و بياض ساقها في القمر فواقعته، فقال النّبىّ صلّى الله عليه و آله: لا تقربها حتى تكفّر، و أمره بكفّاره الظّهار و أن يستغفر الله»^(٢) فمضافا لضعف سنده رده الشيخ بقوله: «ليس فيه أنّه أمره بكفّاره واحده أو كفّارتين فإذا احتمل ذلك فلا تنافى بين الأخبار».

و لو كرر الوطى تكررت الواحدة

(و لو كرر الوطى تكررت الواحدة و كفّاره الظهار بحالها)

و يشهد لذلك صحيح ابى بصير عنه عليه السّلام: «إذا واقع المرّة الثانيه قبل أن يكفّر فعليه كفّاره أخرى ليس في هذا اختلاف»^(٣) و بذلك افتى الشيخ في مبسوطيه و القاضى و ابن حمزه إلّا أنّ الأولين أطلقاه و ابن حمزه فصل

ص: ٦١

١- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٥٦

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٩ ح ٣٥

٣- الكافي ج ٦ ص ١٥٧ و جملة «ليس في هذا اختلاف» ظاهرا من الراوى .

بتعددها إذا كفر عن الوطى السابق وإلا فلا تتعدّد ككفّاره الظهار، و فصل الإسكافي تفصيلا آخر فقال: «و المظاهر إذا أقام على إمساك زوجته بعد الظهار بالعقد الأول زمانا و إن قلّ فقد عاد لما قال، و لم يستحب له [و لم يستجز له ظ] أن يطأ حتّى يكفر فإن وطئ لم يعاود الوطى ثانيا حتّى يكفر، فإن فعل وجب عليه لكلّ و طى كفّاره إلا أن يكون ممّن لا يجد العتق و لا يقدر على الصيام و كفّارته هي الإطعام فإنّه إن عاود إلى جماع ثان قبل الإطعام فالفقيه «لا يوجب عليه كفّاره أخرى لأنّ الله شرط في العتق و الصيام أن يكون قبل العود و لم يشترط ذلك في الإطعام و الاختيار و الظاهر أن لا يعاود إلى جماع ثان حتّى يتصدّق» و كأنه استند في وجه تفصيله إلى أنه تعالى قال في العتق «فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا» و قال في الصيام «فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا» و أمّا في الإطعام فقال «فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا» و لم يقل فيه «من قبل أن يتماسا».

قلت: و على ما ذكره يجوز لمن لم يجد رقبه و لم يستطع صياما و أراد الإطعام للكفّاره يجوز له و طى المرأه في الأوّل قبل الإطعام و لم يقل به أحد. و في الإطعام أيضا يقدر «من قبل أن يتماسا» و إنّما كرّر في الصيام تأكيدا و إنّما فالأوّل يكفي للأخيرين.

و هل لو طلقها و انقضت العده حلّت له من غير تكفير؟

(و لو طلقها بائنا أو رجعيًا و انقضت العده حلّت له من غير تكفير)

للصحيح عن يزيد الكناسي او بريد بن معاويه «قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطليقه قال: إذا هو طلقها تطليقه فقد بطل الظهار و هدم الطلاق الظهار، فقلت: فله أن يراجعها؟ قال: نعم هي امرأته، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسا، قلت: فإن تركها حتى يحل أجلها و تملك نفسها ثم تزوجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل أن يتماسا؟ قال: لا قد بانت منه و ملكت نفسها- الخير»(١).

و فيه: انه مع معارضته لصحيح علي بن جعفر: سأل أخاه (عليه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته، ثم طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين فتزوجت ثم طلقها الذي تزوجها فراجعها الأول هل عليه فيها الكفارة للظهار الأول؟ قال: نعم عتق رقبه أو صيام أو صدقه»(٢) خلاص ظاهر القرآن حيث أطلق فيه الكفارة بالعود إلى الوطى و هو يشمل ما لو تزوجها بعد العدة و ما لو تزوجها آخر و طلقها ثم تزوجها الأول .

و ما قاله المصنف احد الاقوال فى المساله و هو للشيخ و القاضى و كذا ابن حمزه إلا أنه لم يفرق بين البائن و الرجعى فى عود الكفارة إذا عقد فى العدة فى الأولى كالرجوع فيها فى الثانية.

ص: ٦٣

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٦١ رواه عن الكناسى و الفقيه عن بريد بن معاويه, و رواه التهذيب مثل الكافى

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٧

و الثاني: اشتراط النكاح بآخر سوى الخروج من العده فى سقوط الكفار و هو ظاهر الصدوقين و المفيد، فقال فى الفقيه: «و متى طلق المظاهر امرأته سقطت عنه الكفار، فإن راجعها لزمته، فان تركها حتى يحلّ أجلها و يتزوجها رجل آخر و طلقها أو مات عنها، ثم تزوّجها و دخل بها لم تلزمه الكفار» و لم نقف لهم على مستند فى كونه كالطلاق الثالث محتاجا إلى المحلل.

و الثالث: عدم سقوط الكفار أبدا و لو بعد زوج آخر و هو للدَيْلمى و الحلبيّ فقالا: «إذا طلق المظاهر قبل التكفير فتزوجت المرأة، ثم طلقها الثانى أو مات عنها و تزوّجها الأول لم يحلّ له وطؤها حتى يكفر» و مال إليه ابن زهره و الحلبيّ حيث نقلاه و قالوا- بأن ظاهر القرآن معه، و هو المفهوم من إطلاق العمانى و القمى قال الأول: «فإن طلق المظاهر امرأته و أخرج جاريته من ملكه فليس عليه كفاره الظهار إلّا أن يراجع امرأته أو يردّ مملوكته يوما إلى ملكه بشراء أو غير ذلك فإنّه- إذا كان- لم يقربها حتى يكفر كفاره الظهار».

و قال الثانى: «فإن طلق امرأته أو أخرج مملوكته من ملكه قبل أن يواقعها فليس عليه كفاره الظهار إلّا أن يراجع امرأته أو يردّ مملوكته يوما، فإذا فعل ذلك فلا ينبغى له أن يقربها حتى يكفر»(1). و يشهد له صحيح على بن جعفر المتقدم و هو الاقوى .

ص: ٦٤

(و كذا لو ظاهر من أتمته ثم اشتراها)

عند المصنف و لا- شاهد له, و ظاهر الآيه يقتضى بقاء تحريمها بعد الاشتراء كما مرّ فى سابقه عن القمى و العمانى و هو لازم مذهب الديلمى و الحلبيّ .

و جوب تقديم الكفاره على المسيس

(و يجب تقديم الكفاره على المسيس)

قال تعالى «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا» □ و قال «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسًا».

و لو ماطل رافعه الى الحاكم

(و لو ماطل رافعه الى الحاكم فينظره ثلاثه أشهر حتى يكفر و يفى ء أو يطلّق و يجبره على ذلك بعدها لو امتنع)

كما يشهد لذلك موثق ابى بصير: «سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته قال: ان اتاها فعليه عتق رقبه او صيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكينا و الآ ترك ثلاثه اشهر، فان فاء و الآ اوقف حتى يسأل: لك حاجه فى امرأتك او تطلقها؟ فان فاء فليس عليه شى ء و هى امرأته، و ان طلق واحده فهو املك برجعتها» (١).

ص: ٦٥

قيل: فان انقضت و لم يختر احد الامرين حبسه و ضيق عليه فى المطعم و المشرب حتى يختار احدهما.

قلت: لكنه لا شاهد له و الموثق لا يدل على التضييق فى المأكل و المشرب و اما الاستدلال له بالبناء على التعدى من روايات باب الايلاء الداله على التضييق(١) الى باب الظهار فقياس لا نقول به .

هذا و لو صبرت الزوجه بعد الظهار فلا اعتراض و ذلك باعتبار انها صاحبه الحق فمع تنازلها فلا موجب للاعتراض.

حصيله البحث:

تجب الكفاره بالعود و هى إرادته الوطئ بمعنى تحريم وطئها حتى يكفر، و لو وطئ قبل التّكفير عامداً فكفارتان و لو كزر الوطئ تكزرت الواحده و كفّاره الظّهار بحالها، و لو طلقها بائناً أو رجعيّاً و انقضت العده لم تحل له من غير تكفيرٍ و كذا لو ظاهر من أمه ثم اشتراها، و يجب تقديم الكفّاره على المسيس، و لو ماطل رافعته إلى الحاكم فينظره ثلاثه أشهر حتى يكفر و يفى ء أو يطلق و يجبره على ذلك بعدها لو امتنع، و لو صبرت الزوجه بعد الظهار فلا اعتراض .

ص: ٦٦

١- وسائل الشيعه ١٥: ٥٤٥ الباب ١١ من أبواب الايلاء.

الإيلاء من الأليه و هي اليمين و هو لغه بمعنى مطلق الحلف. و الفعل آلى يؤلى و منه قوله تعالى ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَ السَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولَى الْقُرْبَىٰ﴾ أى لا يحلفون.

حقيقه الإيلاء شرعا؟

و اما شرعا فالأصل فيه قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (١) فانه قد كان فى الجاهليه نحوا من الطلاق كالظهار، فاذا غضب الزوج على زوجته حلف على عدم مواتها قاصدا بذلك تضيق الخناق عليها فلا يطلق سراحها كما فى الطلاق لتتزوج من غيره و لا يعود اليها ليعيش معها.

و قد جاء قوله تعالى الانف الذكر متعرضا الى حكم الإيلاء و محدددا للفترة التى يتمكن الزوج فيها من اتخاذ القرار النهائى، و هى اربعة أشهر فاما ان يعود و يعيش معها او يخلى سبيلها بالطلاق .

و هو الحلف على ترك وطى الزوجه الدائمه أبدا

(و هو الحلف)

ص: ٤٧

و يدلّ على أنّه الحلف لا- مجرّد الترك صحيح الحلبيّ، عن الصّيادق (عليه السلام) عن الرّجل يهجر امرأته من غير طلاق و لا يمين سنه لم يقرب فراشها؟ قال: ليأت أهله- الخبر»(١) و به عمل الفقيه(٢) و صحيح حفص بن البختريّ، عنه عليه السّلام- في خبر- فإن تركها من غير مغاضبه أو يمين فليس بمؤل»(٣).

(على ترك وطى الزوجه الدائمه أبدا أو زياده على أربعة أشهر)

اما اعتبار دوام العقد فلا يقع فى المنقطعه و لا فى ملك اليمين فيدل على الاول قوله تعالى: وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ... فانه ظاهر فى اعتبار قبول الزوجه المؤلّى منها للطلاق و هو لا يتم إلّا فى الدائمه, و ان من لوازم صحه الايلاء جواز مطالبه الزوجه بالوطء، و هو لا يتم إلّا فى الدائمه.

و صحيحه عبد الله بن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السّلام: «لا ايلاء على الرجل من المرأه التى يتمتع بها»(٤).

خلافًا لما هو المنسوب الى السيد المرتضى من وقوعه بالمتمتع بها تمسكا بعموم الآيه الكريمه الذى لا يخصصه عود الضمير الى البعض. و جواز

ص: ٦٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٤

٣- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٢

٤- تهذيب الاحكام ج ٨: ٨ الرقم ٢٢

المطالبه بالوطء لم يثبت كونه من لوازم مطلق الايلاء بل خصوص الايلاء المتعلق بالزوجه الدائمه (١).

وفيه: ان الصحيحه المتقدمه تخصص الايه كما و ان عود الضمير الى البعض اذا لم يستلزم التخصيص, فلا أقل من كونه موجبا للاجمال و نتيجه عدم انعقاد العموم, و معه يرجع الى الاستصحاب بلا مانع و ذلك لانه اذا شك في ترتب الاثر بايلاء المتمتع بها يستصحب عدم ترتب الاثر لو فرض القصور في المقتضى.

و يدل على عدم وقوعه في ملك اليمين صحيح البنطى عن الرضا عليه السلام: «سألته عن الرجل يؤلى من أمته، فقال: لا كيف يؤلى و ليس لها طلاق» (٢).

و اما اعتبار ان تكون الفتره المحلوف على ترك الوطء فيها تزيد على اربعة اشهر فيستفاد من القران الكريم لأن قوله تعالى {لَلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ} دال على أنه لا- أثر في الأربعة أو الأقل منها وانما الايلاء في ما زاد عليها حتى تربص اربعة اشهر و تدل على ذلك ايضا صحيحه حفص بن البختري عن ابى عبد الله عليه السلام: «اذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين اربعة أشهر استعدت عليه فاما ان

ص: ٦٩

١- جواهر الكلام ٣٣: ٣٠٨

٢- قرب الإسناد (ط - الحديثه) ص ٣٦٣

يفىء و اما ان يطلق فان تركها من غير مغاضبه او يمين فليس بمؤل»(١) فانه يستفاد منها انه يكون مؤليا لو ترك وطأها اربعه اشهر عن يمين.

و خبر زراره عن ابى جعفر عليه السّلام: «قلت له: رجل آلى ان لا يقرب امرأته ثلاثه أشهر فقال: لا يكون ايلاء حتى يحلف على اكثر من اربعه اشهر»(٢), لكنه ضعيف سندا من ناحيه القاسم بن عروه فانه لم تثبت وثاقته.

(للإضرار بها)

دون ما اذا لم يكن كذلك، كما اذا حلف على ذلك حفاظا على صحته أو صحتها، كما تشهد لذلك موثقه السكونى عن ابى عبد الله عليه السّلام: «اتى رجل امير المؤمنين فقال: يا امير المؤمنين ان امرأتى ارضعت غلاما و انى قلت: و الله لا اقربك حتى تفطميّه فقال: ليس فى الاصلاح ايلاء»(٣), و صحيحه حفص بن البخترى المتقدمه.

ص: ٧٠

-
- ١- وسائل الشيعه ١٥: ٥٣٥ الباب ١ من أبواب الايلاء الحديث ٢.
 - ٢- وسائل الشيعه ١٥: ٥٣٨ الباب ٦ من أبواب الايلاء الحديث ٢.
 - ٣- وسائل الشيعه ١٥: ٥٣٧ الباب ٤ من أبواب الايلاء الحديث ١.

و يشترط فيها الدخول ايضا و ذلك للروايات الخاصه، كصحيحه محمد بن مسلم عن ابى جعفر و ابى عبد الله عليهما السلام: «فى المرأه التى لم يدخل بها زوجها قال: لا يقع عليها ايلاء و لا ظهار» (١) و غيرها (٢).

و يمكن الاستدلال له بالقرآن فإذا كان الإيلاء هو الحلف على ترك الوطى فمعنى الفىء الرجوع إلى الوطى و لا بد أن يكون و طى أو لا حتى يصدق فىء أخيرا.

هذا و مع فقدان بعض القيود المذكوره لا ينعقد الحلف ايلاء لان ذلك من مقتضى الشرطيه و من لوازمها , و ان انعقد يمينا و ترتبت عليه آثاره اذا اجتمعت شروطه لان الايلاء يمين و لا وجه للتوقف فى انعقاده يمينا بعد فرض توفر شرائط ذلك.

و لا ينعقد الا باسم الله تعالى متلفظا به

(و لا ينعقد الا باسم الله تعالى متلفظا به بالعربيه و غيرها)

لانه فرد من اليمين فيعتبر فيه ما يعتبر فى اليمين كما تقدم كما و يمكن استفاده ذلك من الروايات الخاصه، كصحيحه ابى بصير عن ابى عبد الله

ص: ٧١

١- وسائل الشيعه ١٥: ٥١٦ الباب ٨ من كتاب الظهار الحديث ٢.

٢- يمكن مراجعه بقيه الروايات فى وسائل الشيعه ١٥: ٥٣٨ الباب ٦ من أبواب الايلاء.

عليه السلام: «سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو ان يقول الرجل لامرأته: والله لا أجامعك كذا و كذا...» (١).

و هل يشترط فيه اللفظ الصريح؟

(و لا بد من اللفظ الصريح كإدخال الفرج في الفرج أو اللفظه المختصه بذلك و لو تلفظ بالجماع و الوطى و أراد الإيلاء صح)

قلت: الأخبار لا- تدلّ على اشتراط لفظ مخصوص فيه بل ما يدلّ عليه عرفا كما فى صحيح بريد بن معاويه «عن الصادق عليه السلام: إذا آلى الرّجل أن لا- يقرب امرأته و لا- يمسيّها و لا- يجمع رأسه و رأسها فهو فى سعه ما لم تمض الأربعة أشهر- الخبر» (٢).

و صحيح الحلبيّ، عنه (عليه السلام) فى خبر: و الإيلاء أن يقول: لا والله لا أجامعك كذا و كذا، و يقول: والله لأغيظنك، ثم يغاضبها فإنّه تربص بها أربعة أشهر- الخبر» (٣) و مثله أيضا صحيح أبى بصير (٤) و الظاهر أنّ قوله: «و يقول» بمعنى «أو يقول» أو مصحّفه بقرينه خبر أبى الصباح ال-تى المقتصر فيه على «لأغيظنك و لأسوءنك» و لو لا ما قلنا لكانا دالّين على عدم كفايه لا أجامعك حتّى يضمّ إليه «و الله لأغيظنك» و لم يقل به أحد.

ص: ٧٢

١- وسائل الشيعة ١٥: ٥٤١ الباب ٩ من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠ ح ١

٣- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢

٤- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩

و خبر أبى الصبّاح الكنانى، عنه عليه السّلام- فى خبر- و قال: الإيلاء أن يقول الرّجل لامرأته و الله لأغيظنّك و لأسوءنّك، ثمّ يهجرها و لا يجامعها حتّى تمضى أربعة أشهر- الخبر»(١)

و اما ما قيل: من انه لا يقع بمثل المباحه، و الملامسه و المباشره التى يعبر بها عنه كثيرا و إن قصده، لاشتهار اشتراكها، خلافا لجماعه حيث حكموا بوقوعه بها(٢).

ففيه: ان القدماء بين من أضرب عن ذكر الصيغه و عزّفه بالحلف على ترك الجماع أو المقاربه كالمفيد و الدّيلمى و الشيخ فى نهايته و الحلبيّ و ابن حمزه و ابن زهره و كذا على بن بابويه و الإسكافى، و من ذكر وقوعه بما هو كناية عنه كالصّيدوق و العمانى، و بعضهم صرح بالوقوع بها كالشيخ فى مبسوطيه و القاضى.

(و لو كنى بقوله: لا جمع رأسى و رأسك مخدّه، أو لا ساقفتك و قصد الإيلاء حكم الشيخ) فى المبسوط (بالوقوع) و أمّا فى الخلاف فقال بعدم الوقوع فقال: «إذا قال: «و الله لا جمع رأسى و رأسك شىء لا ساقف رأسى

ص: ٧٣

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧

٢- الروضه البهيّه فى شرح اللّمعه الدمشقيه (ط - كلانتر)؛ ج ٦، ص: ١٥١

و رأسك لا جمع رأسى و رأسك مخدّه و كذلك و الله لأسوءنك و الله لأطيلن غيبتى عنك» كل هذا لا ينعقد بها الإيلاء-
إلخ»(١) و تبعه الحلّي.

□
و قد صرّح العمانيّ و كذا الصيّمدوق أيضا بالوقوع، قال الأوّل: «و الإيلاء عندهم عليهم السّلام أنّ يقول الرّجل لامرأته: «و الله لأغيظنك و لأسوءنك» ثمّ يسكت عنها و يعتزل فراشها». و قال الثّاني: «الإيلاء أن يقول لها: و الله لأغيظنك و لأسوءنك و لا أجامعك إلى كذا و كذا».

و يدلّ على الوقوع الأخبار المتقدّمه كصحيح بريد و غيره.

(و لا بد من تجريده عن الشرط و الصفه(٢))

ذهب إليه الشّيخ في خلافه و تبعه ابن حمزه و ابن زهره و الحلّي، و ذهب في مبسوطه إلى عدم اشتراطه لعدم دليل فيه على المنع كما في الطلاق و العتاق و يدل على الصحه عموم القرآن السالم عن المعارض.

و لا يقع لو جعله يمينا أو حلف بالطلاق و العتاق

(و لا يقع لو جعله يمينا أو حلف بالطلاق و العتاق)

ص: ٧٤

١- الخلاف مساله ٧ من مسائل الإيلاء

٢- أما تعليقه على الشرط كقولك: إن قدم زيد، و أما تعليقه على الصفه كقولك: إن طلعت الشمس، و الفرق بين الشرط و الصفه: أن الشرط ممكن الوقوع فإن القدوم ممكن. و الصفه متحققه الوقوع كطلوع الشمس.

كأن يقول إن وطأتك ففلانه - إحدى زوجاته - طالق أو عبده حر، و عدم انعقاده لأنه يمين بغير الله تعالى ، و الظاهر أنّ الأصل فى كلام المصنّف قول الشيخ في خلافه فقال: «إذا قال: «إن أصبتك فأنت على حرام» لم يكن مؤلّيا- إلى- إنّ اليمين لا ينعقد فى الإيلاء إلّا باسم من أسماء الله، و هذا ليس من ذلك- إلخ»، وقال أيضا «إذا قال: «إن أصبتك فلله على أن أعتق عبدي» لا يكون مؤلّيا- إلى- دليلنا ما قلناه فى الأولى سواء»(١).

شروط المؤلّى

(و يشترط فى المؤلّى الكمال بالبلوغ و العقل و الاختيار و القصد)

الى مدلوله و اشتراطها واضح لعدم تحقق القصد منهم بعد كون الايلاء من الافعال القصدية .

و هل يجوز الايلاء من العبد؟

(و يجوز من العبد)

قال بجوازه من العبد الشيخ فى المبسوطين و نقل فى «الخلاف» عن مالك: أنّ الزّوج إذا كان عبدا فالمدّة شهران، و عن أبى حنيفة: أنّ الزّوجه إذا كانت أمه فالمدّة شهران، و هو قال: «المدّة أربعة أشهر سواء كان الزّوج حرّا أو عبدا و سواء كانت الزّوجه حرّة أو أمه بدليل إطلاق الآيه و ما ورد من الزّوايه».

ص: ٧٥

اقول: اما اطلاق الايه فمقيّد بما دل عليه عدم جوازه من العبد أصلاً لأن الإيلاء يمين كما ورد ذلك في صحيح منصور بن حازم، عنه عليه السلام: قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: لا يمين لولد مع والده، و لا لمملوك مع مولاه، و لا لمرأه مع زوجها- الخیر»(١) و به عمل الفقيه(٢) وغيره من الاخبار(٣). و اما ما قال من الروايه فلم نقف عليها حتى تعارض ما سبق .

(و الذمى)

كما ذكره الشيخ فى المبسوطین و نقل «الخلاف» جوازه عن أبى حنيفه و الشافعى و عدمه عن أبى يوسف و محمّد، و استدللّ بعموم الآيه و تبعه القاضى، و ردّه ابن ادريس بأنّه قال فى الظهار: لا يصحّ من الكافر لاحتياج كفّارته إلى تيه القربه منه، قال ابن ادريس: و لا- فرق بينهما، و قال: بل يحسن قول «أقلب تصب» لأنّ الإيلاء لا يكون إلّا باللّه و أسمائه و الكافر لا يعرف اللّه قال: فالأولى أن يصحّ منه لأنّ ما احتجّ به لعدم صحته الظهار قائم فى الإيلاء من الذمى».

قلت: الاقوى صحته من الكافر و لا يختص بالذمى لاطلاق الايه المتقدمه اذا ما تحقق الحلف منه باللّه تعالى .

ص: ٧٦

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٧ ص ٤٤٠

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٣٦٠

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٤٣٩ ح ١

الإيلاء: هو الحلف على ترك وطئ الزوجه الدائمة لا المنقطعه و لا المملوكه , أبداً أو مطلقاً أو زيادهً على أربعة أشهر، للإضرار بها و يشترط كونها مدخولاً بها , و لا ينعقد الإيلاء إلا باسم الله تعالى متلفظاً به بالعربيّه و غيرها، و لا يشترط فيه لفظ مخصوص بل كل ما يدلّ عليه عرفاً، و لو كُنّي بقوله: لا جمع رأسى و رأسك مخدّهً أو لا ساقفتك، و قصد الإيلاء صح، و لا يشترط تجريده عن الشرط و الصّفه، و لا يقع لو جعله يميناً أو حلف بالطلاق أو العتاق كأن يقول إن وطأتك ففلانه - إحدى زوجاته - طالق أو عبده حر , و يشترط فى المولى الكمال و الاختيار و القصد، و لا يجوز من العبد و يصح من الكافر .

و إذا تم الإيلاء فللزوجه المرافعه مع امتناعه عن الوطئ

(و إذا تم الإيلاء)

و صبرت الزوجه فلا اعتراض و ذلك باعتبار انها صاحبه الحق و لصاحب الحق التنازل عن حقه.

و اما انها اذا لم تصبر (فللزوجه المرافعه مع امتناعه عن الوطئ)

كما تقدم فى صحيحه حفص بن البخرى عن ابى عبد الله عليه السّلام: «اذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين اربعة أشهر استعدت عليه فاما

ان يفى ء و اما ان يطلق...»(١) و غيرها مما سيأتي, و للحاكم الحق في الزامه بأحد الامرين عند انتهاء المده للنصوص الاتيه مضافا الى ان ذلك لازم جواز رفع القضييه الى الحاكم و الا كان رفعها اليه لغوا, هذا هو الاقوى و اما المصنف فقال:

(فينظره الحاكم أربعة أشهر، ثم يجبره بعدها على الفئه(٢) أو الطلاق)

و ذهب إلى ما قال من كون الأربعة من الحاكم، المفيد و الحلبي و القاضي و ابن حمزه و الحلبي و الشيخ في نهايته و مبسوطيه. و يمكن الاستدلال لهم بصحيح البنظي، عن الرضا عليه السلام: سأله صفوان و أنا حاضر عن الإيلاء فقال: إنما يوقف إذا قدمه إلى السلطان فيوقفه السلطان أربعة أشهر، ثم يقول: إما أن تطلق و إما أن تمسك»(٣).

ص: ٧٨

١- وسائل الشيعة ١٥: ٥٣٥ الباب ١ من أبواب الإيلاء الحديث ٢.

٢- المراد من الفئه في عباره المصنف هو الرجوع لكنه ليس بصحيح و اول من عبر بذلك المحقق في الشرائع و تبعه المصنف و اما انه ليس بصحيح فلئن مصدر فاء «في ء» و «فيئه»، لا «فته» و الصّيحاح ذكر الفئه في «فأى» و كذا القاموس لكن غفلا فذكراها في «فياً» بالهمز أخيراً أيضاً و لا يصحان معا بل أحدهما الصحيح و قال ابن برئ في تعليقه على الصّيحاح: «إنه و هم» و لكن جعله ابن دريد من فاء فقال: «و الفئه: الجماعه من الناس يفيئون إلى الرئيس» لكن لم يجعله بغير معنى الجماعه ذكره في مجلده الأول، و قال في الثالث «الفئه الجماعه من الناس»، و بالجمله «الفئه» من «فاء» كان أو «فأى» بمعنى كما عبّر لا الرجوع كما استعماله، و إنّما الفيئه بمعنى الرجوع قال ابن دريد: «الفيئه من قولهم فاء فيئه حسنه».

٣- قرب الإسناد (ط - الحديثه) ص ٣٦٢

و خبر أبي مريم، عن الصادق عليه السلام: «عن رجل آلى من امرأته، قال: يوقف قبل الأربعة أشهر و بعدها» (١).

و صحيح أبي بصير، عن الصادق عليه السلام- في خبر- و فيه و إن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك: إمّا أن ترجع إلى المناكحة و إمّا أن تطلق، فإن أبي حبسه أبدا» (٢)، و مثلها مرسله العياشي في تفسيره عن العباس بن هلال.

اقول: المفهوم من الأخبار الكثيره كصحيحتي حفص (٣) و الحلبي (٤) المتقدمتين و صحيح بريد بن معاويه و بكير بن أعين عن الباقر و الصادق عليهما السلام قالوا: «إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول و لا حق في الأربعة أشهر و لا إثم عليه في كفه عنها في الأربعة أشهر، فإذا مضت الأربعة الأشهر قبل أن يمسه فسكتت و رضيت فهو في حلّ و سعه فإن رفعت أمرها قيل له: فإمّا أن تفيء فتمسهها، و إمّا أن تطلق و عزم الطلاق أن يخلى عنها فإذا حاضت و طهرت طلقها و هو أحق رجعتها ما لم تمض ثلاثه قروء، فهذا الإيلاء الذي أنزله الله تعالى في كتابه و سنّه رسوله» (٥) و

ص: ٧٩

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٥

٢- وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص: ٣٤٩ ح ٦

٣- وسائل الشيعة ١٥: ٥٣٥ الباب ١ من أبواب الإيلاء الحديث ٢.

٤- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢

٥- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣١

غيرها: أن للزوجه المرافعه بعد أربعة أشهر لا- قبلها فعليه هذه الطائفه من الروايات معارضه بتلك الاخبار المستفيضه، بل دلت الآيه عليه فقال تعالى {لِّلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ - الآيه}.

و ذهب إلى العمل بمضمون هذه الأخبار العماني والإسكافي، وهو المفهوم من الشيخ في تهذيبيه وهو ظاهر الكافي حيث اعتمدها، والفقيه حيث اعتمد صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام- في خبر- فيه «ثم يؤخذ بعد الأربعة الأشهر فيوقف- الخبر»(1) والظاهر ان الطائفه الاولى محموله على التقيّه، و على تقدير استقرار التعارض تترجح الطائفه الثانيه لموافقته لظاهر الكتاب الكريم الدال على اتحاد وقت الايلاء و التربص .

و لا يجبره الحاكم على أحدهما عينا

(و لا يجبره الحاكم على أحدهما عينا)

ظاهر الصدوق و الديلمى و الحلبي الإجماع على خصوص الطلاق، قال الأول: «فإنّ أبى أن يجامع قيل له: طلق فإن فعل و إلّا جعل فى حظيره من قصب و شدّد عليه فى المأكّل و المشرب حتّى يطلق»، و قال الثانى: «و إن أقام على اليمين و أبى الرجوع ألزمه الطلاق» و قال الثالث: «فإن فعل و إلّا ألزمه الطلاق».

ص: ٨٠

و يدل على ما قال المصنف من عدم الإجماع على أحدهما عينا النصوص المستفيضة منها صحيح بريد بن معاوية عن الصادق (عليه السلام) ففيه: فإذا مضت أربعه أشهر وقف فأما أن يفىء فيمسها، و إما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها- الخبر»(١).

و صحيح بريد و بكير، عن الباقر و الصادق عليهما السلام المروى في ٤ منه «فإن رفعت أمرها قيل له فأما أن يفىء فتمسها و إما أن تطلق»(٢)، و غيرهما.

و يدل على الجبر على الطلاق إذا لم يفىء صحیح الحلبيّ ففيه «فإن لم يفىء جبر على أن يطلق»(٣).

و صحيح أبي بصير، عن الصادق (عليه السلام) و فيه «و إن لم يفىء جبر على أن يطلق- الخبر»(٤).

و خبر حمّاد بن عثمان، عنه (عليه السلام) «في المؤلى إذا أبى أن يطلق كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يجعل له حظيره من قصب و يجسه فيها و يمنعه من الطعام و الشراب حتى يطلق»(٥) و مثله خبر غياث بن إبراهيم عنه (عليه السلام) «كان أمير

ص: ٨١

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣١

٣- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠

٤- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٢

٥- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٠

المؤمنين (عليه السلام) إذا أبى المؤلى أن يطلق جعل له حظيره من قصب و أعطاه ربع قوته حتى يطلق»(١).

و يمكن الجمع بينها بأنه ابتداءً يخيّر، فإن اختار أحدهما فهو، و إن لم يخر يجر على الطلاق، و الطلاق بيده فإذا لم يطلق جعل له حظيره تعزيراً حتى يطلق فإذا امتنع المؤلى من اختيار احد الامرين فللحاكم التصدى للطلاق و ذلك لموثق سماعه: «... و ان لم يف بعد اربعة اشهر حتى يصلح اهله او يطلق جبر على ذلك و لا يقع طلاق فيما بينهما حتى يوقف و ان كان بعد الاربعه اشهر فان أبى فرّق بينهما الامام»(٢).

و لو آلى مده حتى انقضت المده سقط حكم الإيلاء

(و لو آلى مده معينه و دافع حتى انقضت المده سقط حكم الإيلاء)

لانتفاء موضوعه، و إنما يبقى لو كان إيلاؤه إلى الأبد.

(و لو اختلفا فى انقضاء المده، قدم قول المدعى للبقاء)

مع يمينه لأصالة عدم الانقضاء .

(و لو اختلفا فى زمان وقوع الإيلاء حلف من يدعى تأخره)

ص: ٨٢

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٣

٢- وسائل الشيعة ١٥: ٥٤٢ الباب ٩ من أبواب الإيلاء الحديث ٤

لأصله عدم التقدم , و الأصل في قول المصنّف الشرائع نظرا الى انه يمكن وقوع الدعوى من كل منهما فتدعى هي تأخر زمان الإيلاء إذا كان مقدرًا بمدته لم تمض قبل المدّة المضروبه فترافعه ليلزم بأحدهما، و يدعى تقدمه على وجه تنقضى مدته قبل المدّة المضروبه ليسلم من الإلزام بأحدهما و قد يدعى تأخره على وجه لا تتم الأربعة المضروبه، لئلا يلزم إذا جعلنا مبدأها من حين الإيلاء. و تدعى هي تقدمه لتتم.

و ذهب الشيخ إلى تقدّم قول الرّجل في المبسوط و القاضي و قد ذكر المبسوط كون الأصل مع الرجل فقال بعد الحكم بأنّ القول قول من يدعى عدم الانقضاء و هو الزوج: «و كذلك إن اختلفا في ابتداء المدّة لأنّ الأصل إن لا يمين» (1) يعنى لا يمين متقدمه، قلت: و الشيخ حصر دعوى ذلك من الرجل فلا ينافى ما تقدم .

حصيله البحث:

و إذا تمّ الإيلاء و صبرت الزوجه فلا-اعتراض و ألما فان لم يقربها اربعة أشهر فللزوجه المرافعه مع امتناعه عن الوطئ فيخيره الحاكم بين الرجوع أو الطلاق و لا يجبره على أحدهما عيناً، و لو آلى مدّة معيّنه و دافع حتّى انقضت سقط حكم الإيلاء، و لو اختلفا في انقضاء المدّة قدّم قول مدّعى البقاء، و لو اختلفا في زمان إيقاع الإيلاء حلف من يدعى تأخره.

ص: ٨٣

هل يصح الإيلاء من الخصى و المَجُوب؟

(و يصح الإيلاء من الخصى و المَجُوب)

و المَجُوب هو الذى قطع ذكره, و الاصل فى هذا الفرع المبسوط فقوى صحته من المَجُوب لعموم الآيه, و إطلاق الروايات المتقدمه.

و قيل: بعدم الوقوع لأن متعلق اليمين ممتنع كما لو حلف أن لا يصعد إلى السماء, و لأن شرطه الإضرار بها. و هو غير متصور هنا و هو الاقوى, و بذلك لا يبقى مجال لقول المصنف: (و فتنه العزم على الوطى مظهرها له معتذرا من عجزه)

(و كذا) رجوع (الصحيح لو انقضت المده) يكون بالعزم على الوطى مظهرها له (و) ان كان (له مانع) عقلى كالمرض, أو شرعى كالحيض, أو عاڊى كالتعب, من الوطى ففى صحيح أبى بصير, عن الصيادق عليه السلام- فى خبر- و فيه «فإن فاء و هو أن يصلح أهله فإن الله غفور رحيم- الخبر»(1).

و هل تجب الكفاره فى الإيلاء ام لا؟

(و متى و طى لزمته الكفاره)

عند المصنف و قيل: ان لزوم الكفاره مما لا اشكال فيه من جهة تحقق حنث اليمين, و منه يتضح الوجه فى كونها ككفاره حنث اليمين.

ص: ٨٤

قلت: ظاهر قوله تعالى {لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَابِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ} * وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} (١) عدم لزوم الكفاره مطلقا { فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ}.

و هو المفهوم من العماني و الإسكافي فقال الأول: «و الحد الذي يجب على المرأة أن تسكت أربعة أشهر، فإذا مضت فالأمر إلى المرأة إن شاءت سكتت و أقامت على غضبه ما بدا لها حتى يرضى، و إن شاءت رافعته و إذا هي رافعته واقف الحاكم الزوج فإما أن يفىء أو يرجع إلى حاله الأولى من الرضا و إن شاء أن يعزم الطلاق منذ يوم تخيره الحاكم بين الإبقاء و الطلاق».

و قال الثاني: «و إذا كان مؤليا فمضت أربعة أشهر و هو قادر على الجماع فلم يجامعها و لم تطالب هي بالفىء لم يلزمه شىء فإن تجاوزت و طالبت أوقفه الإمام، فإما أن يفىء إلى الجماع أو يطلق» و هو المفهوم من المقنع حيث قال: «و الإيلاء أن يقول الرجل لامرأته «و الله لأغيظنك و لأشق عليك و لأسوءنك و لا أجامعك إلى كذا و كذا» فيتربص به أربعة أشهر فإن فاء و هو أن يصلح أهله و يجامع فإن الله غفور رحيم، و إن طلق فإن الله سميع عليم، و إن أبى أن يجامع قيل له: طلق» و هو المفهوم من الكافي حيث عقد بابا للإيلاء (٢) و روى فيه ثلاثه عشر خبرا فى مختلف أحكامه و لم

ص: ٨٥

١- البقره: ٢٢٦-٢٢٧.

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٣٠

يرو فيه خبرا له في الكفّاره، ثم عقد بابا لاشتراط الدّخول في الإيلاء و روى فيه أربعة أخبار.

و أمّا استدلال الخلاف بآيه اليمين ففيه: ان اليمين على الترك بعد أربعة أشهر معصيه و لا أثر لليمين في المعصيه، و أمّا في الأربعة أشهر فإنّه و إن لم يكن الوطى واجبا لكن إذا كانت طالبه له كان مستحبّا و اليمين على ترك المستحبّ أيضا لا تنعقد، كما في موثق زراره، عن الباقر عليه السّلام: الرّجل يحلف بالأيمان المغلّظه أن لا يشتري لأهله شيئا، قال: فليشتر لهم و ليس عليه شىء في يمينه»(١).

بل يدلّ على عدمه ما ورد من انه لا يجوز يمين في تحريم حلال و لا في خطوات الشيطان كما في صحيح ابن مسلم ففيه: «...فقال أنا قاضٍ في ذا قل لها فلتأكل معها و ليظّلها و إيّاها سقّف بيت و لا تمشى و لا تعتق و لتتق الله ربّها و لا تعد إلى ذلك فإنّ هذا من خطوات الشيطان»(٢).

□
و خبر عبد الله بن سنان، عن الصادق عليه السّلام: «لا يجوز يمين في تحليل حرام و لا تحريم حلال - الخبر»(٣) و مثله في الدلاله صحيح ابن محبوب عن خالد بن جرير عن ابي الربيع الشامي(٤).

ص: ٨٦

١- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٧ ص ٤٤٢ باب ما لا يلزم من الأيمان و النذور ح ١٤

٢- وسائل الشيعه، ج ٢٣، ص: ٢٢٠ ح ١٠

٣- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٧ ص ٤٣٩

٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٨٥

و العدم أيضا ظاهر على بن إبراهيم القمي حيث قال في تفسيره: و أميا قوله: «لَلَّذِينَ يُؤْلُونَ- إلى- فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» فإنه حدّثني أبي... و روى خبر أبي بصير عن الصادق (عليه السلام) «الإيلاء أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها، فإن صبرت عليه فله أن تصبر، و إن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك: إما أن ترجع إلى المناكحة و إما أن تطلق و إلّا حبستك أبدا»، و روى عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه بنى حظيره من قصب و جعل فيها رجلا- آلى من امرأته بعد أربعة أشهر، و قال له: إما أن ترجع إلى المناكحة و إما أن تطلق و إلّا أحرقت عليك الحظيره» .

و من الغريب استدلال الخلاف على الكفار بما روى «عن النبي صلى الله عليه و آله أنه قال: من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا فليأت الذي هو خير و ليكفر عن يمينه» مع أنه خبر عامي تردّه أخبارنا، ففي صحيح سعيد الأعرج «عن الصادق (عليه السلام) سأله عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل - إلى - قال: أما سمعت قول النبي صلى الله عليه و آله: إذا رأيت خيرا من يمينك فدعها»(1).

و أميا قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبَتَّغَىٰ مَرْضَاتٍ أَرْوَاجِكَ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ فورد في تفسيره صحيح ابن يسار، عن الصادق (عليه السلام) أطلعت عائشه و حفصه على النبي صلى الله عليه و آله و هو مع ماريه فقال النبي صلى الله عليه و آله: «و

ص: ٨٧

الله لا أقربها» فأمره الله أن يكفر عن يمينه»(١), و موردہ الأمه و لا حق لها في الوطى فمخالفه اليمين فيها تحتاج إلى الكفارہ.

و يؤيده خبر زراره عن الباقر عليه السلام: سألته عن رجل قال لامرأته: «أنت عليّ حرام» فقال لى: لو كان لى عليه سلطان لأوجعت رأسه- إلى- أنه لم يزد على أن كذب فزعم أنّ ما أحلّ الله له حرام، و لا يدخل عليه طلاق و لا كفّاره، فقلت قول الله عزّ و جلّ «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ» فجعل فيه الكفارہ، فقال: إنّما حرّم عليه جاريته ماريه و حلف أن لا يقربها فإنّما جعل عليه الكفارہ فى الحلف، و لم يجعل عليه فى التحريم»(٢).

و الحاصل انه لا كفاره فى الايلاء خلافا للمصنف الذى جعلها واجبه مطلقا فقال:

(سواء كان فى مدّه التربص أو قبلها أو بعدها)

و به قال المفيد و القاضى و ابن حمزه و الشيخ فى نهايته و خلافه.

و أمّا الديلمى و الحلبيّ و ابن زهره و الحلبيّ فإنّما قالوا بالكفارہ بالوطى فى مدّه التربص، و أمّا بعدها فساكتون عنها، و صريح المبسوط العدم بعد المدّه .

ص: ٨٨

١- تفسير القمى ج ٢ ص ٣٧٥ سورة التحريم (٦٦): الآيات ١ الى ١٢

٢- الكافى ج ٦ ص ١٣٥ ح ١؛ و رواه صحيحا عنه فى خبره الثانى لكن بدون ذيله فقلت...

و الكفار مطلقا هو المفهوم من الفقيه حيث اعتمد روايه ابان بن عثمان عن منصور: «سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل آلى من امرأته فمرت اربعة اشهر قال: يوقف فان عزم الطلاق بانت منه و عليها عده المطلقة و ألا كفر عن يمينه و امسكها»(١).

قيل: ألما ان سندها قابل للتأمل، فان الشيخ الصدوق رواها بسنده عن ابان بن عثمان عن منصور، و طريقه الى ابان صحيح فى المشيخه(٢)، و ابان نفسه ثقه لكونه من اصحاب الاجماع الا ان المشكله هى من ناحيه منصور، فان ابان بن عثمان يروى عن منصور بن حازم الذى هو ثقه و عن منصور الصيقل الذى لم تثبت وثاقته، فالمشكله هى من حيث منصور لتردده بين الثقه و غيره.

قلت: حيث ان ابان من اصحاب الاجماع فخبره موثوق به و لو كان منصور هو غير الثقه ألما ان الاشكال ان الصدوق لم ينقل الخبر عن كتاب ابان بل قال و فى روايه ابان و هذا التعبير يشير الى الروايه عنه و قد لا تكون فى كتابه وهى هنا قد رواها الشيخ ضعيفا بالقاسم عنه من كتاب الحسين بن سعيد(٣).

ص: ٨٩

١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٢٥

٢- مشيخه كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ٨٣

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٨

و لزوم الكفارہ مطلقاً هو المفهوم من العياشى حيث رواه (١) و روى أيضا «عن أبى عبد الله (عليه السلام) مرفوعاً: إذا بانَت المرأة من الرجل هل يخطبها مع الخطّاب؟ قال: يخطبها على تطليقتين و لا يقربها حتّى يكفّر يمينه» (٢).

قلت: و الخبران مع مخالفتهما للقران و ضعفهما سنداً يمكن حملهما على التقيّه فروى سنن الترمذى عن مسلمة بن علقمه، عن داود بن على، عن عامر، عن مسروق، عن عائشه قالت: آلى النبىّ صلى الله عليه و آله من نسائه و حرّم فجعل الحرام حلالاً و جعل فى اليمين كفّاره» (٣).

و ثانياً: عن على بن مسهر، عن داود بن على، عن الشعبى أنّ النبىّ صلى الله عليه و آله - مثله.

حصيله البحث:

لا- يصحّ الإيلاء من الخصى و المبوب و يتحقق الرجوع بالعزم على الوطاء مظهراً له و كذا لو انقضت المدّة و له مانع من الوطاء، و لا كفّاره فى الإيلاء .

مدّة الإيلاء

(و مدّة الإيلاء من حين الترافع)

ص: ٩٠

١- تفسير العياشى، ج ١، ص ١١٣، ح ٣٤٥.

٢- تفسير العياشى، ج ١، ص ١١٣، ح ٣٤٧.

٣- سنن الترمذى؛ ج ٥، ص ٨١، ح ١٢٤١، باب ما جاء فى الإيلاء.

كما مرّ الكلام فيه مشروحا و ان الاقوى من زمان حلفه .

(و يزول حكم الإيلاء بالطلاق البائن)

قال الشهيد الثانى: لخروجها عن حكم الزوجيه, و الظاهر أن زوال حكم الايلاء ثابت و إن عقد عليها ثانيا فى العده, لأن العقد لم يرفع حكم الطلاق, بل أحدث نكاحا جديد كما لو وقع الطلاق بعد العده, بخلاف الرجعه فى الرجعى فان الطلاق لا يزيل حكم الايلاء فلو كان الطلاق رجعى خرج من حقها, لكن لا يزول حكم الإيلاء إلّا بانقضاء العده, فلو راجع فيها بقى التحريم(1).

قلت: لا دليل على زوال حكم الايلاء بالعقد عليها فى الطلاق البائن كطلاق اليائسه ما دام لم تنقض المده المضروبه و عليه فلا فرق بينه وبين الرجعى , نعم وقع الكلام فى كون طلاقه بائنا ام رجعىا؟ و مقتضى صحيح بريد العجلىّ، عن الصادق (عليه السلام) و فى آخره «و إما أن يعزم على الطلاق فيخلّى عنها حتّى إذا حاضت و طهرت من حيضها طلقها تطليقه من قبل أن

ص: ٩١

١- الروضه البهيه فى شرح اللمعه دمشقيه (ط - كلانتر)؛ ج ٦، ص: ١٦٧

بجامعها بشهادة عدلين ثم هو أحق برجعها ما لم تمض الثلاثة الأقراء» (١) وغيره (٢) هو كون طلاقه رجعياً .

و نقل الكليني بسند صحيح عن منصور بن حازم انه قال: «أنّ المؤلى يجبر على أن يطلق تطليقه بائه» وقال الكليني: و عن غير منصور أنّه يطلق تطليقه يملك الرجعه فقال له (الظاهر ان المراد من ضمير له هو جميل بن دراج الناقل قول منصور) بعض أصحابه: إن هذا منتقض؟ (٣) فقال: لا التي تشكو فتقول يجبرني و يضرنى و يمنعني من الزوج يجبر على أن يطلقها تطليقه بائه و التي تسكت و لا- تشكو إن شاء يطلقها تطليقه يملك الرجعه» (٤) و علق الشيخ على هذه الروايه بقوله: فهذه الروايه لا- تنافى الروايه الأولى فى أنّه يكون أملاك برجعته لأنّ هذه الروايه موقوفه غير مسنده لأنّ منصور بن حازم أفتى و لم يسنده إلى أحد من الأئمه عليهم السلام و يجوز أن يكون هذا كان مذهبه و إن كان خطأ و لو أسنده إلى بعض الأئمه عليهم السلام لكانت الروايه يمكن حملها على من يرى الإمام إجباره على أن يطلق تطليقه بائه بأن يباريها ثم يطلقها أو أن تكون الروايه مختصه بمن كانت عند الرجل على تطليقه واحده فإنّ من يكون هذا حكمه يقع طلاقه بائناً (٥) ثم

ص: ٩٢

-
- ١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٠ ح ١
 - ٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣٢ ح ٨
 - ٣- اى متناقض مع ما ورد من الطلاق يكون رجعياً .
 - ٤- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٣١
 - ٥- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص: ٤

رواها بسند فيه علي بن حديد «و هو مختلف فيه» عن جميل عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله ع قال: المؤلى إذا وقف فلم يفى طلق تطليقه بائنه (١) ثم قال: فهذه الرواية جاءت مسندهً و الوجه فيها ما قدمناه.

اقول: الرواية مع معارضتها لما تقدم لا وثوق بها لما عرفت .

و اما ما فى صحيح أبى بصير، عن الصادق (عليه السلام) فى الرجل إذا آلى من امرأته فمكث أربعة أشهر فلم يفى ء فهى تطليقه، ثم يوقف فإن فاء فهى عنده [على ظ] تطليقتين، و إن عزم فهى بائنه منه» (٢) فمع معارضسته لما تقدم رده الشيخ و حمله على بعض المحامل و ذلك ايه عدم موثوقيته و رواه العياشى و فيه «فهى مطلقه» بدل فهى بائنه (٣) و عليه فتسقط عن الاعتبار .

(و كذا شراء الأمه ثم عتقها و تزويجها بعده)

قيل: لبطلان العقد الأول بشرائها لعدم جواز اجتماع سببين فى النكاح العقد و التملك، و تزويجها بعد العتق حكم جديد (٤).

ص: ٩٣

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص: ٤ ح ٦

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ٤ ح ٧

٣- تفسير العياشى، ج ١، ص ١١٣، ح ٣٤٩

٤- الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقيه (ط - كلانتر)؛ ج ٦، ص: ١٦٨

وفيه: انه لا دليل على زوال حكم الايلاء بالتزوج بها بعد عتقها ما دام لم تنقض المده المضروبه .

(و لا تتكرر الكفاره) بناءً على ثبوتها (بتكرر اليمين سواء قصد التأكيد أو التأسيس إلّا مع تغاير الزمان)

الأصل في ما قال الشرائع فقال: «لا تتكرر الكفاره بتكرر اليمين، سواء قصد التأكيد أم لم يقصد، أو قصد بالثانيه غير ما قصد بالأولى إذا كان الزمان واحداً، نعم لو قال: و الله لا أوطأتك خمسه أشهر فإذا انقضت فو الله لا أوطأتك ستّه فهما إيلاءان , و فيه وجه بطلان الثاني لتعليقه على الصّفه على ما قرره الشيخ» .

قلت: إنّما قال في الخلاف ببطلانه بالشرط دون الصّفه و يدل على الصّحه فيهما عموم القرآن السالم عن المعارض فيثبت ايلاءان من زمانين و لا كفاره فيهما كما تقدم .

حكم كفاره الظهار

(و في الظهار خلاف)

فقال العماني و الشيخ في نهايته بتكررها و تبعه القاضي و الحلبي قال الأول: «لو تكلم بلفظ الظهار مرّتين أو أكثر في وقت أو أوقات كان عليه لكل مرّه كفّاره» و ذهب الإسكافي إلى أنّه لو كان أحدهما بالأثم و الآخر بالأخت تتكرر و إذا كفر ثم كرر أيضا تتكرر، فقال: إن ظاهر بأّمه ثم ظاهر بأخته

لزمه كفارتان واحده عن ظهار بالأَمِّ والأخرى عن ظهار بالأخت لأنهما حرمتان انتهكهما وإن كرّر ظهاره بأَمِّه قبل التكفير لزمه كفاره واحده».

و ذهب فى المبسوط إلى تفصيل آخر فقال: «و إن تكرر منه لفظ الظهار لم يخل إمّا تكرر منه متواليا أو متراخيا، و الأول لم يخل إمّا أراد به التأكيد أو الظهار فإن أراد التأكيد لم يلزمه غير واحد بلا خلاف، و إن أراد الظهار كان الجميع ظهارا، و الثانى يكون الجميع ظهارا» و تبعه ابن حمزه.

(أقربه التكرار)

و هو الأقوى إلا إذا قصد التأكيد لخروجه عن منصرف الأخبار كما فى صحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرّات أو أكثر، فقال: قال على عليه السلام: مكان كلّ مرّه كفاره- الخبر».

و فى صحيح الحلبيّ، عن الصّيدق عليه السلام: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات، قال: يكفّر ثلاث مرّات، قلت: فإن واقع قبل أن يكفّر؟ قال: يستغفر الله و يمسك حتّى يكفّر» (١) و بهما عمل الكليني و الفقيه (٢) و النصوص بذلك فوق حد الاستفاضه .

ص: ٩٥

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٥٦

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣١

و اما صحيح عبد الرحمن بن الحجاج، عن الصادق (عليه السلام) «في رجل ظاهر من امرأته أربع مرّات في مجلس واحد، قال: عليه كفّاره واحده»^(١) الدال على عدم تكرر الكفاره فمضافا لمعارضته للنصوص المستفيضه و التي تقدم بعضها رده الشيخ و حمله على أنّ المراد أنّ عليه كفّاره واحده في الجنس لا- كفّاره واحده عن المرّات، قلت: و هو حمل تبرعى لكنه شاهد على عدم كونه موثوقا به عند المتقدمين فلا يعارض الاخبار المتقدمه و يمكن حمله على أنّ المراد أنه أراد التأكيد دون التأسيس فيكون شاهدا لَمّا قاله في مبسوطه , و بذلك يجاب على موثق غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام) في رجل ظاهر من أربع نسوه قال عليه كفّاره واحده^(٢).

و أما تفصيل الإسكافيّ فلا شاهد له .

حكم ما إذا وطئ المؤلى ساهيا أو مجنوناً أو لشبهه

(و إذا وطئ المؤلى ساهيا أو مجنوناً أو لشبهه لم تلزمه كفاره) بناءً على وجوبها لعدم الحنث و لحديث الرفع .

(و يبطل حكم الإيلاء عند الشيخ)

لتحقق الإصابه، و مخالفه مقتضى اليمين، كما يبطل لو وطئ متعمداً لذلك و إن فعل محرماً. و نسبه المصنف القول إليه يشعر بتمريضه، و ذكر الشهيد

ص: ٩٤

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢٣ ح ٤٨

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ٢١ ح ٤٣

الثانى وجه ضعفه بقوله: لأصالة بقاء حكم الايلاء، و اغتفار الفعل بالأعداء، و كون الإيلاء يمينا و هى فى النفى تقتضى الدوام، و النسيان و الجهل لم يدخلا تحت مقتضاها، لأن الغرض من البعث و الزجر فى اليمين إنما يكون عند ذكرها، و ذكر المحلوف عليه حتى يكون تركه لأجل اليمين.

ثم نقل عن المصنف فى قواعده انه استقرب انحلال اليمين مطلقا بمخالفه مقتضاها نسيانا و جهلا و إكراها مع عدم الحنث، محتجا بأن المخالفه قد حصلت و هى لا تتكرر، و بحكم الأصحاب ببطان الإيلاء بالوطء ساهيا مع أنها يمين. فنسب الحكم المذكور هنا إلى الأصحاب، لا إلى الشيخ وحده (1).

اقول: و هو الاقوى و اما أصالة بقاء حكم الايلاء فلا يصار اليها مع وجود الدليل، و اما اغتفار الفعل بالأعداء و كون الإيلاء يمينا و هى فى النفى تقتضى الدوام فلا يكون دليلا على بقاء حكمه لانه بنسيانه قد خالف مقتضى ايلائه الذى يقتضى الدوام فلم يدم وذهب ايلاؤه، و اما ان النسيان و الجهل لم يدخلا تحت مقتضاها الخ فدعوى بلا دليل .

و لو ترفع الذميان إلينا تخير الامام

(و لو ترفع الذميان إلينا تخير الامام بين الحكم بينهم بما يحكم على المؤلى المسلم و بين ردّهم الى أهل ملتهم)

ص: ٩٧

١- الروضه البهيه فى شرح اللعه دمشقيه (ط - كلانتر)، ج ٦، ص: ١٧٥

قال تعالى {فَإِنْ لَاجَأُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ. وَكَيْفَ يُحْكُمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ} (١).

حكم ما لو آلى ثم ارتد

(و لو آلى ثم ارتد) عن ملة (حسب عليه من المده) التي تضرب له (زمان الرده على الأقوى)

لاطلاق الدليل , وقال الشيخ: لا يحتسب عليه مده الرده، لأن المنع من الوطاء بسبب الارتداد، لا بسبب الإيلاء، كما لا يحتسب مده الطلاق من المده المضروبه لو راجع و إن كان يمكنه المراجعة في كل وقت. وفيه: انه مع اطلاق الدليل لا يصار الى كلام الشيخ حتى بالنسبه الى الطلاق, و لو كان ارتداده عن فطره فهو بمنزله الموت يبطل معها التربص، و إنما أطلقه المصنف لظهور حكم الارتدادين.

حصيله البحث:

لا يزول حكم الإيلاء بالطلاق البائن و لا بشراء الأمه ثم عتقها والتزوج بها ما لم تنقض المده المضروبه كما و ان طلاقها لا يكون بائنا بل يكون رجعيًا، و لو تكلم بلفظ الظهر مرتين أو أكثر في وقت أو أوقات كان عليه لكل مره كفاره أا اذا قصد التأكيد , و إذا وطئ المولى ساهياً أو مجنوناً أو لشبهه

ص: ٩٨

بطل حكم الإيلاء، و لو ترفع الذمّيان إلينا تخير الإمام أو الحاكم بين الحكم بينهم بما يحكم على المولى مسلماً و بين ردّهم إلى نحلّتهم، و لو آلى ثم ارتدّ حسب عليه من المدّة زمان الرّده على الأقوى.

(كتاب اللّعان)

أشاره

اللّعان: مصدر: لا-عن , للعن كلّ من الرّوجين الآخر كالملاعنه, و فى الصّحاح جمع اللّعن و هو الطّرد و الإبعاد من الخير و عليه فاللعان مباحله بين الزوجين على وجه خاص يترتب عليها دفع حدّ أو نفي ولد .

(و له) اى و للعان (سببان) عند المصنف و الاقوى انهما يرجعان الى سبب واحد لاشتراط المشاهده فيهما معا كما سيأتى تفصيله .

رمى الزوجه المحصنه

(أحدهما: رمى الزوجه)

اما ثبوت اللعان فى مورد القذف فتدل عليه الآيه الكريمة و صحيحه ابن الحجاج المتقدمه و غيرها.

هذا و قال الصدوق بعدم ثبوت اللعان فى مورد القذف و انحصاره بنفى الولد فقال: «و إذا قذف الرّجل امرأته و لم ينتف من ولدها جلد ثمانين جلده، فإن رمى امرأته بالفجور و قال: إننى رأيت بين رجليها رجلا يجامعها و أنكر ولدها فإن أقام عليها بذلك أربعة شهود و عدول رجمت و إن لم

يقم عليها أربعة شهود لاعنها»(١) مستندا في ذلك الى موثق ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته و لا يكون اللعان الا بنفى الولد»(٢) و مثله معتبر محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام «لا يكون اللعان إلا بنفى ولد و قال: إذا قذف الرجل امرأته لاعنها»(٣) و لا اشكال في سنده الا من جهة علي بن حديد و هو ثقة على الاقوى و هما دالان على حصر اللعان بنفى الولد.

و فيه: انهما وان كانت نسبتهما مع الآيه الكريمه المتقدمه نسبه العموم و الخصوص المطلق ألما ان صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج تشهد على العموم

ففيها: «ان عباد البصرى سأل ابا عبد الله (عليه السلام) و أنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: ان رجلا من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: يا رسول الله أ رأيت لو ان رجلا- دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا- يجامعها ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه و آله فانصرف الرجل و كان ذلك الرجل هو الذى ابتلى بذلك من امرأته قال: فنزل الوحي من عند الله عز و جل بالحكم فيها قال: فأرسل رسول الله صلى الله عليه و آله الى ذلك الرجل فدعاه فقال: أنت الذى رأيت مع

ص: ١٠٠

-
- ١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٥ و المقنع (للصدوق) ص ٣٥٥
 - ٢- وسائل الشيعة ١٥: ٦٠٤ الباب ٩ من أبواب اللعان الحديث ٢ .
 - ٣- وسائل الشيعة ج ٢٢ ص ٤٢٩ باب ٩ ح ١

امرأتك رجلا؟ فقال: نعم فقال له: انطلق فايتنى بامرأتك فان الله عز و جل قد انزل الحكم فيك و فيها قال: فاحضرها زوجها فوقفها رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و قال للزوج: اشهد اربع شهادات بالله...»(١) فان الرجل لم يزد فى دعواه ان ولدها ليس لى بل اكتفى بسؤاله «لو ان رجلا- دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا- يجامعها ما كان يصنع» و على مورد السؤال نزلت الايه المباركه و عليه يكون الخبران معارضان لهذه الصحيحه الموافقه للقران فلا وثوق بهما و يؤيد عدم موثوقيتهما حمل الشيخ لهما على انه: «لا- يكون لعان فى القذف حتى يضيف ادعاء المعايينه و ليس كذلك حكمه فى نفي الولد لأنه متى انتفى منه و جب عليه اللعان و إن لم يدع معايينه الفجور»(٢) و الحمل و ان كان تبرعيا إلا انه شاهد على وجود الاشكال فيهما.

شروط اللعان

يتحقق اللعان برمى الزوجه (المحصنه المدخول بها بالزنا قبالاً أو دبراً مع دعوى المشاهده و سلامتها من الصّم و الخرس)

ص: ١٠١

١- وسائل الشيعه ١٥: ٥٨٦ الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ١.

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨٦

أَمَّا كَوْنُهَا مَحْصَنَةً فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْتَبَاهُنَّ وَهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْمَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُنَّ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (١).

وَأَمَّا كَوْنُهَا مَدْخُولًا بِهَا فَاسْتَفَاضَتْ بِهِ الْأَخْبَارُ مِنْهَا صَحِيحُ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ، عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الرَّجُلُ يَقْذِفُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، قَالَ: يَضْرِبُ الْحَدَّ وَيَخْلِي بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا» (٢).

وَمُعْتَبَرُ أَبِي بَصِيرٍ، عَنِ الصَّيَّادِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا يَقَعُ اللَّعَانُ حَتَّى يَدْخُلَ الرَّجُلُ بِأَهْلِهِ» (٣) وَبِذَلِكَ أَفْتَى الْكَلِينِيُّ وَالْفَقِيهِيُّ (٤) وَالْإِسْكَافِيُّ وَالشَّيْخُ وَالْقَاضِي وَابْنُ حَمَزَةَ وَابْنُ زَهْرَةَ.

هَذَا وَيَدُلُّ صَحِيحُ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ، عَنْ أَخِيهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) أَنَّ أَرْخَاءَ السُّتْرِ أَمَرَهُ عَلِيُّ تَحْقِيقَ الدَّخُولِ فِيهِ: «وَسَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فَادَّعَتْ أَنَّهَا حَامِلٌ، قَالَ: إِنْ أَقَامَتِ الْبَيِّنَةَ عَلَيَّ أَنَّهُ أَرْخَى سْتِرَاءً، ثُمَّ أَنْكَرَ الْوَلَدَ لِأَعْنَاهَا ثُمَّ بَانَتْ مِنْهُ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ كَمَلًا» (٥).

ص: ١٠٢

١- النور: ٤

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٢١١

٣- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٢

٤- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٥

٥- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٥

ولا معارض لها سوى عموم قوله تعالى {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاحَهُمْ} والقاعده تقتضى تخصيص العموم بها.

وأما كونه مع دعوى المشاهده فيشهد له صحيح الحلبي، عن الصادق عليه السلام: إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول: «رأيت بين رجلها رجلا يزني بها- الخبر»(١).

و صحيح محمد بن مسلم قال: سألته عن الرجل يفترى على امرأته، قال يجلد ثم يخلى بينهما و لا يلاعنها حتى يقول «أشهد أني رأيتك تفعلين كذا و كذا»(٢) و غيرهما .

وأما سلامتها من الصمم و الخرس، فيشهد له صحيح الحلبي، و محمد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام) في رجل قذف امرأته و هي خرساء، قال: يفرق بينهما»(٣) و مقتضى اطلاقها ثبوت التحريم في الخرساء من دون لعان و تعميمه للصماء باعتبار التلازم بين الصمم و الخرس كما هو صريح صحيح أبي بصير: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل قذف امرأته بالزنا و هي خرساء صماء، لا تسمع ما قال؟ قال: إن كان لها بينه فشهدوا عند الإمام جلد الحد و

ص: ١٠٣

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٤

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٦

٣- وسائل الشيعة ١٥: ٦٠٢ الباب ٨ من أبواب اللعان الحديث ١.

فرّق بينهما، ثم لا تحلّ له أبداً و إن لم تكن لها بيّنه فهي حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه»(١).

ثمّ كان على المصنّف تقييد الزّوجه بالدائمه لعدم اللعان في التمتع كما في صحيح ابن أبي يعفور «عن الصادق عليه السّلام: لا يلاعن الرّجل المرأه التي يتمتع بها»(٢).

و أمّا الوطى في الدّبر فليس فيه خبر صريح و العمومات منصرفه عنه و لكن الخلاف استدللّ بها و بالإجماع و هو كما ترى .

(قيل: و يشترط عدم البيّنه)

كما هو المشهور و هو المفهوم من الفقيه و المقنع و المقنعه و المراسم و الغنيه و الشيخ في مبسوطه و السّرائر كالتّهايه، و أيضا الآيه دلت على هذا القيد قال تعالى: { وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ } و حملها على كون القيد للغالب يحتاج إلى دليل كآيه الرّبائب و ليس من دليل.

و ذهب الشيخ في الخلاف و القاضى و ابن حمزه إلى عدم الاشتراط، و استدلال الخلاف بالخبر العامى حيث قال: «إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ لَا يَلْعَنُ بَيْنَ الْعَجَلَانِيِّ وَ زَوْجَتِهِ وَ لَمْ يَسْأَلْ هَلْ لَهُ بَيِّنَةٌ أَمْ لَا، فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ مُضَافًا إِلَى أَنَّهُ: مَنْ أَيْنَ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ بَيِّنَةٌ حَتَّى يَسْأَلَ بَلِ الْمَفْهُومُ مِنْ خَبَرِهِ عَدَمُ الْبَيِّنَةِ.

ص: ١٠٤

١- من لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ٥٠

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٦٦

(و المعنى بالمحصنه العفيفه) كما هو لغه (١) و نص عليه المفسرون (٢).

(فلو رمى المشهوره بالزنا فلا حد و لا لعان) لعدم كونها عفيفه و لو اشتهرت بالزنا من اجل زناها لمره واحده.

و قد يقال بسقوط اللعان فى ما لو كان الزوج مجلودا فى الفريه و ذلك لمعتبر السكونى، عن الصادق، عن أبيه عليهما السلام أنّ علياً (عليه السلام) قال: ليس بين خمس من النساء و بين أزواجهنّ ملائعنه- إلى أن قال- و المجلود فى الفريه لأنّ الله تعالى يقول «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا- الخبر» (٣).

قلت: لكنه مقيد بما اذا لم يتب و ذلك لصحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «القاذف يجلد ثمانين جلده و لا يقبل له شهاده أبداً إلا بعد التوبه أو يكذب نفسه» (٤).

و موثق سماعه قال: «سألته عن شهود الزور قال: فقال: يجلدون حداً ليس له وقت، و ذلك الى الامام و يطاف بهم حتى يعرفهم الناس، و اما قول الله عز و جل: «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا» الا الذين تابوا قال: قلت: كيف تعرف

ص: ١٠٥

١- مختار الصحاح - حصن ص ١٤٠

٢- مجمع البيان فى تفسير القرآن، ج ٧، ص: ١٩

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٩٧

٤- تفسير القمى ج ٢ ص ٩٦ سورة النور (٢٤): آيه ٤

توبته؟ قال: يكذب نفسه على رؤس الخلايق حتى يضرب و يستغفر ربه، و إذا فعل فقد ظهرت توبته»(١).

و الاشكال بعدم رجوع الاستثناء الى كلا الفقرتين فى قوله تعالى { وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ } بل يختص بالاخيره مدفوع بالنص المتقدم الدال على رجوعه للجمله الاولى من الايه .

و لا يجوز قذف الزوجه الا مع المعاينه للزنا

(و لا يجوز القذف) اى قذف الزوجه بل لا يجوز قذف المسلم مطلقا بالزنا و لو مع تراكم القرائن على صحه النسبه بل حتى مع الاطلاع على ذلك بنحو اليقين. و يلزم القاذف حد القذف حتى مع يقينه بصحه النسبه. و لكن بامكانه دفع الحد عن نفسه باقامه شهود أربعة يشهدون بذلك، او ان يكون القاذف هو الزوج و المقذوف هو الزوجه، فان بامكان الزوج دفع الحد عن نفسه من خلال اللعان بالكيفيه الآتية اذا لم يأت بالبينه .

اما انه لا- يجوز القذف فلاجل انه من الرمى الموجب للعهه فى الدنيا و الآخرة، و هو من الافك الذى نهى عنه المؤمنون. قال تعالى: { إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ * يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ } (٢) و قال تعالى فى قصه الافك: { لَوْ لَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ

ص: ١٠٦

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٧ ص ٢٤١

٢- النور: ٢٣ - ٢٤.

بِأَنْفُسِهِمْ خَيْرًا وَقَالُوا هَذَا إِفْكٌ مُّبِينٌ * لَوْ لَّا جَاءُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ * وَ لَوْ لَّا فَضَّلَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتَهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ لَمَسَّكُمْ فِي مَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ * إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِالْسِّنِّتِكُمْ وَ تَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ مَا لَيْسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ وَ تَحْسِبُونَهُ هَيِّئًا وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ * وَ لَوْ لَّا إِذِ سَمِعْتُمُوهُ قُلْتُمْ مَا يَكُونُ لَنَا أَنْ نَتَكَلَّمَ بِهَذَا سُبْحَانَكَ هَذَا بُهْتَانٌ عَظِيمٌ {١}.

و اما ان القاذف يحدّ حدّ القذف - ثمانين جلده - فلقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَّا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ} {٢}.

و اما ان القاذف يحدّ حتى مع يقينه بصحة النسبه فلاطلاق الآيه الكريمة.

و اما اندفاع الحدّ عن القاذف بلعانه فلقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاحَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَ الْخَامِسَهُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَ الْخَامِسَهُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ} {٣}.

ص: ١٠٧

١- النور: ١٢-١٦.

٢- النور: ٤.

٣- النور: ٩-٦.

(ألا مع المعاينه للزنا كالميل فى المكحله)

فيجوز قذفها، و المراد من كونه كالميل فى المكحله هو الجماع و الإيلاج و الإدخال و دليله موثق أبى بصير قال قال أبو عبد الله عليه السلام: «لا- يرمم الرجل و المرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهداء، على الجماع و الإيلاج و الإدخال كالميل فى المكحله»^(١) الوارد فى الشهاده على الزنا .

(لا بالشيع أو غلبه الظن بالفعل)

لان الشرط فى اللعان دعوى المشاهده كما فى صحيح الحلبى، عن الصادق عليه السلام: إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول: «رأيت بين رجلها رجلا يزنى بها- الخبر»^(٢) و غيره مما تقدم .

نعم لو كان الشيع موجبا للعلم فلا يحرم القذف تكليفا لكنه لا يوجب اللعان و لا يرفع الحد عنه ألا باربعه شهود , و هل الحد حق لها فيشترط فى اقامته دعواها عليه ام لا؟ فسياتى البحث عنه فى كتاب الحدود .

حصيله البحث:

قيل: للعان سببان و الاقوى انهما يرجعان الى سبب واحد لاشتراط المشاهده فيهما معا، أحدهما: رمى الزوجه المحصنه المدخول بها بالزنى قبلأ مع دعوى المشاهده، و عدم البيئه. و المراد من المحصنه العفيفه فلو رمى

ص: ١٠٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٧ ص ١٨٤ باب ما يوجب الرجم .

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٦٤

المشهوره بالزنى فلا حدّ ولا لعان، ولا يجوز قذف الزوجه إلّا مع مشاهدته الجماع والإيلاج والإدخال، لا بالشياخ أو غلبه الظنّ، بل لا يجوز قذف المسلم بالزنا مطلقاً ولو مع تراكم القرائن على صحه النسبه بل حتى مع الاطلاع على ذلك بنحو اليقين. ويلزم القاذف حدّ القذف حتى مع يقينه بصحه النسبه و هل الحد حق لها فيشترط في اقامته دعواها عليه ام لا؟ فسياتي البحث عنه في كتاب الحدود، ولكن بإمكان القاذف دفع الحدّ عن نفسه باقامه شهود أربعة يشهدون بذلك، او ان يكون القاذف هو الزوج والمقدوف هو الزوجه، فان بإمكان الزوج دفع الحد عن نفسه من خلال اللعان بالكيفيه الآتية اذا لم يأت بالبينه .

إنكار من ولد على فراشه

(الثاني: إنكار من ولد على فراشه بالشرائط السابقه(1))

المعتبره في إلحاق الولد به، وهي وضعه لسته أشهر فصاعداً من حين وطئه، ولم يتجاوز حملها أقصى مدته، و كونها موطوءته بالعقد الدائم .

اقول: قد تقدم الكلام عن ثبوت اللعان بالقذف بالمعانيه بدون ذكر نفى الولد والكلام هنا عن ثبوت اللعان بنفى الولد مع عدم المشاهده كما يلاعن بمجرد القذف بالزنا مع ادعاء المشاهده كما افتى به المفيد ففى المقنعه «و إن أنكر رجل ولد زوجته له فى حباله أو بعد فراقها بمدّه الحمل إن لم تكن نكحت زوجها غيره أو أنكر ولدها لأقلّ من ستّه أشهر من فراقه

ص: ١٠٩

١- فى النظر الأوّل من الفصل الثامن من النكاح .

لها وإن كانت نكحت زوجها غيره و لم يدّعه الثاني لاعنها كما يلاعنها بدعوى مشاهدته فجورها»، قلت: لكن قوله: «و لم يدّعه الثاني» لا وجه له، و قال بما قال الديلمي أيضا

قال في النجعه: «و نسبه المختلف إلى علي بن بابويه و الإسكافي لكن لا يعلم مراده هل هما قالا كالشيخين: بأن بنفى الولد مع عدم المشاهدة يلاعن كما يلاعن بمجرد القذف بالزنا مع ادعاء المشاهدة، أو اقتصر على أنّ بالقذف بالمعانيه بدون ذكر نفي الولد يلاعن، و قلنا: لا يعلم مراده لأنه استدلل للشيخين بالآيه «و الَّذِينَ يَزْمُونَ» و قال: «و هو صريح في الباب بالخصوص، و سبب نزولها ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج- و نقل الخبر- ثم طعن في خبري أبي بصير، و محمد بن مسلم بضعف السند، و قال و في تتمه الخبر الثاني «إذا قذف الرجل امرأته لاعنها» و هو صريح في إيجاب اللعان بالقذف- إلخ»(١).

اقول: و الحاصل عدم ثبوت القول به إلا من المفيد و الديلمي و استدلل لذلك بمعتبر محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام «لا يكون اللعان إلا بنفى ولد و قال: إذا قذف الرجل امرأته لاعنها»(٢) و موثق أبي بصير، عن

ص: ١١٠

١- النجعه في شرح اللمعه؛ ج ٩، ص: ٣٩٨

٢- وسائل الشيعه ج ٢٢ ص ٤٢٩ باب ٩ ح ١

الصّادق عليه السّلام: «لا يقع اللّعان حتّى يدخل الرّجل بامرأته، ولا يكون اللّعان إلّا بنفى الولد»(١).

وفيه: انه قد تقدم الاشكال فيهما مضافا الى إنّ الآيه و الزّوايه لا دلالة فيهما على أنّه بنفى الولد و لو مع عدم ادّعاء المشاهده يلاعن كما هو المدّعى, و عليه فلا بد فى اللعان فى نفى الولد من دعوى المشاهده لاطلاق ما تقدم من لابديه ذلك.

هذا و ينتفى الولد باللّعان لكن لو اكذب نفسه بعد اللعان ورثه الولد و لا يرث هو الولد كما فى المستفيضه منها صحيح الحلبيّ، عن الصّادق عليه السّلام: إذا قذف الرّجل امرأته إلى - و سألته عن الملاعنه التي يرميها زوجها و ينتفى من ولدها و يلاعنها و يفارقها، ثمّ يقول بعد ذلك: الولد ولدى و يكذب نفسه، فقال: أمّا المرأه فلا يرجع إليه أبدا، و أمّا الولد فإنّي أردّه إليه إذا ادّعاه و لا أدع ولده و ليس له ميراث، و يرث الابن الأب و لا يرث الأب الابن - الخبر»(٢).

و فى موثقه عنه (عليه السلام) «فى رجل لا عن امرأته و هى حبلى ثمّ ادّعى ولدها بعد ما ولدت، و زعم أنّه منه، قال: يردّ إليه الولد و لا يجلد لأنه قد مضى

ص: ١١١

١- وسائل الشيعه ج ٢٢ ص ٤٢٩ باب ٩ ح ٢

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٦٤ ح ٦

التلاعن»(١) و قريب منه صحيحه الاخر(٢) و فيهما دلالة على عدم الحد و بذلك صرح الشيخ و عمل بهما الكليني خلافا لما حكى عن المفيد.

(و) يصح اللعان و (ان سكت حال الولاده و لم ينفه، على الأقوى)

لأن السكوت أعم من الاعتراف به فلا يدل عليه فيعمه اطلاق ما تقدم.

و قال الشهيد الثانى: و قال الشيخ: ليس له إنكاره حينئذ لحكم الشارع بإلحاقه به بمجرد الولاده العارى عن النفى، إذ اللحوق لا يحتاج إلى غير الفراش فيمتنع أن يزيل إنكاره حكم الشارع، و لأدائه إلى عدم استقرار الأنساب.

و فيه: بأن حكم الشارع بالإلحاق مبنى على أصالة عدم النفى(٣). أو على الظاهر(٤) و قد ظهر خلافه(٥)، و لو لم يمكنه النفى حاله الولاده ... فلا إشكال فى قبوله عند زوال المانع»(٦).

ص: ١١٢

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٦٥ ح ٨

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٣

٣- أى أصالة عدم النفى عمن ولد على فراشه.

٤- و هو أنهما زوجان و بينهما الفراش و قد حصل الوطء بينهما و لم ينكره الزوج فظاهر الحال يقتضى كونه ولدا له.

٥- أى خلاف الظاهر حين أنكر الرجل ولاده الطفل منه.

٦- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط - كلاتر)؛ ج ٦، ص: ١٨٦

(ما لم يسبق الاعتراف منه صريحا أو فحوى مثل أن يقال له: بارك الله لك في هذا الولد فيؤمن أو يقول ان شاء الله، بخلاف بارك الله فيك و شبهه) لعدم نفوذ الانكار بعد الاقرار كما في معتبر السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام: «إذا أقرّ الرّجل بالولد ساعه لم ينتف منه أبدا»(1).

حصيله البحث:

قيل: بثبوت اللعان بنفى الولد مع عدم المشاهده كما يلاعن بمجرّد القذف بالزّنا مع ادّعاء المشاهده يعنى يثبت اللعان بإنكار من ولد على فراشه بالشرائط السابقه المعتبره فى إلحاق الولد به، و هى وضعه لسته أشهر فصاعدا من حين وطئه، و لم يتجاوز حملها أقصى مدته، و كونها موطوءته بالعقد الدائم و لو لم يدع المشاهده، و الاقوى توقفه على المشاهده ايضا وينتفى الولد باللّعان لكن لو اكدب نفسه بعد اللعان ورثه الولد و لا يرث هو الولد و لا يجلد، و يصح اللعان و ان سكت حال الولاده و لم ينفه، على الأقوى ما لم يسبق الاعتراف منه صريحا أو فحوى مثل أن يقال له: بارك الله لك في هذا الولد فيؤمن أو يقول ان شاء الله، بخلاف بارك الله فيك و شبهه.

و لو قذفها و نفى الولد و أقام بينه سقط الحد

(و لو قذفها و نفى الولد و أقام بينه سقط الحد)

ص: ١١٣

كما هو مدلول قوله تعالى: { وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُبْحَصِبَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ } (١).

و انتفى الولد لدلاله الايه على ان اللعان الموجب لنفى الولد بدلاً عن اقامه البيئه خلافا المصنف حيث قال:

(و لم ينتف عنه الولد الا باللعان) بدليل ان الولد للفراش و إن زنت أمه .

و فيه: أنه لو كان له بيئه لم يجز له اللعان كما قال تعالى { وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ } و تقدم تحقيقه .

و أما نفى الولد بدون قذف كأن يقول: «وطئك فلان مكرها و ولدك منه» فقال الخلاف: «يحتاج إلى اللعان لظواهر عموم أخبار الانتفاء من الولد» وفيه: انه خارج عن مورد اخبار اللعان و هو القذف و يشمله عموم قوله صلى الله عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر» الذى رواه الفريقان.

فمن طرقنا صحيح سعيد الاعرج عن ابى عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده لقول رسول الله صلى الله عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر» (٢) و

ص: ١١٤

١- النور: ٤

٢- وسائل الشيعة ١٤: ٥٦٨ الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٤.

المقصود من قوله عليه السلام: «للذى عنده» المولى المالك للجاريه كما هو واضح.

و من طرق غيرنا ما رواه مسلم بسنده الى عائشه: «اختصم سعد بن ابى وقاص و عبد بن زمعه فى غلام فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخى عتبه بن ابى وقاص عهد إلى انه ابنه، انظر الى شبهه. و قال عبد بن زمعه: هذا اخى يا رسول الله ولد على فراش ابى من وليدته فنظر رسول الله صلى الله عليه و آله الى شبهه فرأى شبهها بيّنا بعته فقال: هو لك يا عبد، الولد للفراش و للعاهر الحجر...»(١).

هذا و لا ينتفى الولد شرعا فى مرحله الظاهر من دون لعان أو بيّنه و ذلك لقاعده الفراش الحاكمه بالالتحاق ظاهرا بصاحب الفراش.

حصيله البحث:

لو قذفها و نفى الولد و أقام بيّنه سقط الحدّ و انتفى عنه الولد بلا حاجه الى باللّعان، و أمّا نفى الولد بدون قذف كأن يقول: «وطئك فلان مكرها و ولدك منه» فلا لعان و الولد للفراش .

و لا بد من كون الملاعن كاملا

(و لا بد من كون الملاعن كاملا)

ص: ١١٥

١- صحيح مسلم كتاب الرضاع الباب ١٠ الولد للفراش و توقي الشبهات ح ١٤٥٧.

بالبلوغ و العقل فلا تكليف مع عدمه، و لا يشترط العدالة و لا الحرية، و لا انتفاء الحد عن قذف، و لا الإسلام كما قال المصنف:

(و لو كان كافرا)

قيل: ان القول بصحة اللعان من الكافر لم يذكره غير المبسوطين استنادا إلى عموم الآيه و الروايات و أنّ اللعان يمين لا شهاده لروايه عكرمه عن ابن عتيّاس في لعان هلال و زوجته، و إتيانها بالولد على النعت المكروه إنّه صلّى الله عليه و آله قال: «لو لا الأيمان لكان لي و لها شأن»، و ان المتيقّن وقوع اللعان بين المسلم و الكافرهما في صحيح جميل بن درّاج، عن الصادق عليه السلام: سألته عن الحرّ بينه و بين المملوكه لعان، فقال: نعم، و بين المملوك و الحرّه و بين العبد و الأمه و بين المسلم و اليهوديّ و النّصرانيّه - الخبير» (١).

قلت: صحيح انه لم يذكره غير المبسوطين لكن لا بمعنى ان الاخرين باجمعهم افتوا بعدمه بل لم يتعرضوا لذكره نعم قال بعدم جوازه الإسكافي و المفيد و الديلمي و اما استناده لعموم الآيه و الروايات فاستناد الى الحججه و لا مخصص او مقيد لها و يشهد لذلك اطلاق صحيح أبي بصير قال «قال: حدّ اليهودى و النّصرانى و المملوك فى الخمر و الفريه سواء و إنّما صلح أهل الذّمّه على أن يشربوها فى بيوتهم» (٢) بتقريب ان الاطلاق يدل على ثبوت حد الفريه لليهودى و النصرانى و عليه فاذا ثبت عليه حد الفريه مطلقا

ص: ١١٦

١- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٦٤

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٧ ص ٢٣٩

أمكنه ان يدفع ذلك عنه باللعان لعموم الايه, و مثله فى الدلاله صحيح سماعه قال: سألته عن اليهودى و النصرانى يقذف صاحبه مله على مله و المجوس يقذف المسلم، قال: يجلد الحد»(١).

و يشهد للعموم صحيح حريز، عن الصادق (عليه السلام) «فى العبد يلاعن الحره؟ قال: نعم إذا كان مولاه زوجه إياها و لاعنها بأمر مولاه كان ذلك و قال: بين الحرّ و الأمه و المسلم و الذميه لعان»(٢).

□
و ما رواه الحلبي فى مستطرفاته من مشيخه الحسن بن محبوب «عن أبى ولاد الحنّاط: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن نصرانيه تحت مسلم زنت و جاءت بولد فأنكر المسلم فقال: يلاعنها، قيل: فالولد ما يصنع به؟ قال: هو مع أمه، و يفرق بينهما و لا تحلّ له أبدا» و غيرهما و هى مستفيضه .

و اما صحيح ابن سنان، عن الصادق عليه السلام: لا يلاعن الحرّ الامه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها»(٣) الظاهر فى عدم وقوع اللعان بالامه و الذميه فاؤله الصدوق فى الفقيه بقوله: «فإنه يعنى الأمه التى يطؤها بملك اليمين و الذميه التى هى مملوكه له و لم تسلم و الحديث المفسر يحكم على

ص: ١١٧

١- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٧ ص ٢٣٩

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٨٩

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ١٨٨ ح ١٢ والفقيه ج ٣ ص ٥٣٨

المجمل» و مثله الشيخ فى التهذيب (١), قلت: و هذا التاويل و ان كان تبرعيا لا شاهد له لكنه لا يعارض ما تقدم الموافق لعموم القرآن فلا وثوق به .

و مثله فى الضعف خبر السكونى، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: «أنّ عليّا (عليه السلام) قال ليس بين خمس من النساء و بين أزواجهن ملاءنة: اليهوديّة تكون تحت المسلم فيقذفها و النصرانيّة و الأمّة تكون تحت الحرّ فيقذفها- الخبر» (٢).

و ما عن الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام: أربع ليس بينهم لعان ليس بين الحرّ و المملوكه، و لا بين الحرّ و المملوك، و لا بين المسلم و اليهوديّة و النصرانيّة (٣) و يمكن حملها على التقيه كما سيأتى .

و اما صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه عليه السلام: سألته عن رجل مسلم تحته يهوديّة أو نصرانيّة أو أمه فأولدها و قذفها فهل عليه لعان؟ قال: لا، (٤) فقال فيه الشيخ «فالوجه فى قوله (عليه السلام): «لا» عند سؤال السائل هل عليه لعان أحد شيئين أحدهما أن يكون راجعاً إلى نفى الولد فيحتمله على أنه إذا أقرّ بالولد ثم نفاه لم يلتفت إلى نفيه و يلزم الولد و لا يثبت بينهما اللعان و إن

ص: ١١٨

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨٨

٢- تهذيب الأحكام؛ ج ٨ ص ١٩٧، ح ٥٢؛ باب ٨ باب اللعان. و الخصال؛ ج ١، ص ٣٠٤، عن سليمان بن جعفر البصرى.

٣- قرب الإسناد (ط - الحديثه)؛ ص ٨٧

٤- مسائل على بن جعفر و مستدركاتهما ص ١٣٥

قلنا إنّه راجعٌ إلى القذف فلا يثبت بينهما اللعان بمجرد القذف على ما قدّمناه حتّى يضيف إليه ادّعاء المعاينة» (١). ثم نقل بعضا من النصوص الداله على العموم و قال انه من المحتمل حمله على التقيه لأنّ في المخالفين من يقول لا لعان بين الحرّ و المملوكه و استشهد له بخبر منصور بن حازم، عن الصادق عليه السّلام: «قلت له: مملوك كان تحته حرّه فقذفها؟ قال: ما يقول فيها أهل الكوفه؟ قلت: يجلد، قال: لا و لكن يلاعنها كما يلاعن الحرّ» (٢).

قلت: و يكفي الاحتمال الاخير في سقوطه عن الموثوقيه، و بذلك يظهر ضعف قول المفيد و الديلمى حيث أنكرا لعان المملوك في الزوجه استناداً إلى صحيحى عبد الله بن سنان و على بن جعفر المتقدمين بالخصوص و خبرى السكونى و سليمان البصرى في مطلق المملوك، و قد تقدم الجواب عليه .

و يردهما ايضا صحيح هشام بن سالم «عن الصادق عليه السّلام: سألته عن المرأه الحرّه يقذفها زوجها و هو مملوك و الحرّ يكون تحته الأمه فيقذفها، قال: يلاعنها» (٣).

و معتبر محمّد- أى ابن مسلم- عن أحدهما عليهما السّلام «سألته عن الحرّ يلاعن المملوكه؟ قال نعم» (٤) و غيرهما .

ص: ١١٩

- ١- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ٣، ص: ٣٧٤
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٨٩
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٨٩
- ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ١٠ ص ٧٩

هذا و قال الإسكافيّ بعدم اللعان في المجلود بالقذف قيل: و يشهد له ما تقدم من خير السكوني، و خير سليمان البصري، عن الصادق، عن أبيه، عن جده عليهم السلام أنّ عليا (عليه السلام) قال: ليس بين خمس من النساء و بين أزواجهنّ ملاءنه- إلى- و المجلود في الفريه لأنّ الله عزّ و جلّ يقول: «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا- الخبر» .

قلت: مضافا لضعفها كما تقدم الاشكال فيهما, لا دلالة لهما فان عدم قبول شهادته غير دعواه زناها .

و اما ما قيل: من ان الكافر لا يلاعن و لا المملوك بناء على أن اللعان شهاده كما يظهر من قوله تعالى { فَشَهَادَةُ أَحْيِدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ } (١) و هما ليسا من أهلها .

ففيه: ان ذليل الايه يدل على انه يشهد بالله و عليه فلم يعلم كونه من باب الشهاده فلعله كونه يمينا، بل لعله هو الظاهر لافتقاره إلى ذكر اسم الله تعالى و يكفي احتمال ذلك، و اليمين يستوى فيها العدل و الفاسق، و الحر و العبد، و المسلم و الكافر، و الذكر و الأنثى و على فرض كونه شهاده فهو شهاده خاصه لا تشمله شرائط الشهاده لوقوعه من الفاسق إجماعا .

ص: ١٢٠

١- النور: ٦

صححه لعان الأخرس بالإشارة المعقوله

(و يصح لعان الأخرس بالإشارة المعقوله إن أمكن معرفته اللعان)

كما أفتى به المبسوطان للعمومات و استشكل فيه الحلّي و يشهد للاشكال صحيح الحسن بن محبوب عن بعض اصحابه عن الصّيادق (عليه السلام) «في امرأه قذفت زوجها و هو أصمّ، قال: يفرّق بينها و بينه و لا تحلّ له أبدا»^(١) و به عمل الكليني و الصدوق في الفقيه^(٢) و لم نقف على من أفتى به غيرهما .

قيل: و الظاهر وقوع تحريف فيه و إنّ الأصل في قوله «قذفت» «فذفها» و في قوله «و هو أصمّ» «و هي خرساء صمّاء»، قلت: لا شاهد لهذا الاحتمال و قد رواه المشايخ الثلاثة كذلك .

وجوب نفى الولد اذا علم انه ليس منه

(و يجب نفى الولد إذا عرف اختلال شروط الإلحاق)

و اما وجوب نفية في حاله الجزم بعدم الانتساب فلقوله تعالى {..وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي

ص: ١٢١

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٦ و التهذيب (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٩٣

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ٥٠

السَّيْلِ * اذْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ...» (١).

و بذلك نطقت الاخبار ففى صحيح ابن محبوب عن ابى جميله عن أبان بن تغلب، عن الصِّادق عليه السِّلام: سألته عن رجل تزوّج امرأه فلم تلبث بعد ما أهديت إليه إلّا أربعة أشهر حتّى ولدت جاريه فأنكر ولدها و زعمت هى أنّها حبلت منه، فقال: لا يقبل منها ذلك، و إن ترافعا إلى السلطان تلاعنا و فرّق بينهما، و لم تحلّ له أبداً» (٢).

و معتبر يونس «فى المرأه تغيب عنها زوجها فتجىء بولد أنّه لا يلحق الولد بالرجل إذا كانت غيبته معروفه و لا تصدّق» (٣).

و أمّا ما فى المرسل عن داود بن فرقد، عن الصادق (عليه السلام) «قال: أتى رجل النّبىّ صلّى الله عليه و آله فقال: إنى خرجت و امرأتى حائض فرجعت و هى حبلى، فقال صلّى الله عليه و آله له: من تتهم؟ قال: أتّهم رجلين، قال: ائت بهما فجاء بهما، فقال صلّى الله عليه و آله و سلّم: إن يك ابن هذا فيخرج قططا كذا و كذا، فخرج كما قال النّبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم: فجعل معقلته على قوم أمّه و ميراثه لهم، و لو أنّ إنسانا قال له: يا ابن الزّانية يجلد الحدّ» (٤) فمضافا لضعفه سندا غير معمول به و لذا رواه الكافى باب نادر

ص: ١٢٢

١- الاحزاب ايه ٤-٥

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٧١

٣- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٤٩٠

٤- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٤٩٠ باب نادر

وقد تضمن الحكم بنفيه من دون لعان و هو مخالف للقران الكريم و ما تقدم من الاخبار المعتبره مضافا الى ان الحيض لا يمنع الحمل و مقتضاه المنع .

حرمه نفى الولد اذا امكن منه

(و يحرم بدونه) اى العلم (و ان ظنّ انتفاءه عنه أو خالفت صفاته صفاته)

فلا يجوز للشخص اذا ولدت زوجته طفلا نفيه عنه حتى اذا فجرت و ظن بعدم كونه منه لتراكم بعض القرائن ما دام يمكن تولده منه و ذلك لقاعده الفراش المتقدمه .

و قال المفيد فى الإرشاد «روى نقله الآثار من العامه و الخاصه أنّ امرأه نكحها شيخ كبير فحملت فزعم الشيخ أنّه لم يصل إليها و أنكر حملها فالتبس الأمر على عثمان و سأل المرأة هل افتضبتك الشيخ- و كانت بكرا- فقالت: لا، فقال عثمان: أقيموا الحدّ عليها، فقال أمير المؤمنين عليه السّلام: إنّ للمرأة سمّين سمّ البول و سمّ الحيض، فلعلّ الشيخ كان ينال منها فسال ماؤه فى سمّ الحيض فحملت منه فاسألوا الرّجل عن ذلك، فسئل فقال: قد كنت أنزل الماء فى قبلها من غير وصول إليها بالافتضاض: فقال عليه السّلام: الحمل له و الولد ولده و أرى عقوبته على الإنكار له- الخبر» و فى أنساب أشراف البلاذرى «عن عائشه كان عتبه بن أبى وقاص- و هو أبو هاشم بن عتبه- عهد إلى أخيه سعد أنّ ابن وليده زمعه- و هو أبو سوده زوج النّبى صلّى الله عليه و آله- منه و قال له: اقبضه إليك، فلمّا كان عام

الفتح أخذه سعد فقام إليه عبد بن زمعه فقال: أخى ابن وليده أبى ولد على فراشه فتسابقا إلى النبىِّ صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم فقال: هو لك يا عبد بن زمعه، الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسوده بنت زمعه: احتجىبى منه لما رأى من شبهه بعته فما راها حتى لقي الله تعالى».

نعم مع القطع بعدم كونه منه - كما اذا ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الزواج - يجوز له نفيه عنه بل يجب كما تقدم ولكن لا ينتفى شرعا فى مرحله الظاهر إلا اذا لعن او قامت البينه على عدم امكان تولده منه كما تقدم .

اما جواز نفيه عند عدم امكان الانتساب فلان الفراش لا يتحقق بمجرد العقد خلافا لأبى حنيفة حيث نسب اليه تحققه بذلك فقد نقل العينى: «شدد أبو حنيفة فيما اذا عقد شخص على امرأه و طلقها عقيب النكاح من غير امكان الوطاء فأتت بولد لسته أشهر من وقت العقد حيث ألحقه بالزوج. و هذا خلاف ما جرت به عادة الله من ان الولد انما يكون من ماء الرجل و المرأة» (1) بل يتحقق بالعقد مع امكان الالتحاق بالزوج، فان القاعده شرعت فى حالات الشك فى الانتساب اذ مع الجزم بالانتساب الى الزوج لا معنى للتعبد مع الجزم بعدم امكان الالتحاق اذ لا يمكن التعبد بما يجزم بعدمه.

حصيله البحث:

ص: ١٢٤

١- عمده القارى ١١: ١١٠ و هو شرح العينى لصحيح البخارى.

و لا بدّ من كون الملاعن كاملاً و لو كان كافراً. و يصحّ لعان الأخرس بالإشارة المعقوله إن أمكن معرفته، و يجب نفى الولد إذا عرف اختلال شروط الإلحاق و يحرم بدونه و إن ظنّ انتفائه عنه أو خالفت صفاته صفاته فلا يجوز للشخص إذا ولدت زوجته طفلاً نفيه عنه حتى إذا فجرت و ظن بعدم كونه منه لتراكم بعض القرائن ما دام يمكن تولده منه , نعم مع اختلال شروط الإلحاق كما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الزواج يجب نفيه عنه و لكن لا ينتفى شرعا في مرحله الظاهر إلا إذا لاعن او قامت البيئه على عدم امكان تولده منه .

و يعتبر في الملاعنه الكمال و السلامه من الصمم و الخرس

(و يعتبر في الملاعنه الكمال و السلامه من الصمم و الخرس)

كما تقدم البحث عنه مفصلا .

(و الدوام)

كما دل على ذلك صحيح ابن أبي يعفور «عن الصادق عليه السلام: لا يلاعن الرّجل المرأه التي يتمتع بها»^(١).

(إلا أن يكون اللعان لنفى الحد)

ص: ١٢٥

لا دليل على استثنائه، و ظاهر الانتصار فى الاستدلال لمشروعيه المتعه عدم اشتراط الدوام.

(و فى اشتراط الدخول قولان)

اقول: أمّا كونها مدخولا بها فاستفاضت به الاخبار كما تقدم و لم أقف على تصريح بعدم الاشتراط إلّا للحلّى مع تفصيل له بعدمه لنفى الولد و ثبوته للقذف و إلّا فالاسكافى و الشيخ و القاضى و ابن حمزه و ابن زهره أفتوا به، و هو ظاهر الفقيه و الكافى حيث اعتمدا رواياته، نعم لم يذكر الاشتراط المفيد و الديلمى و الحلبيّ و لم يذكره الصدوق فى مقنعه و هدايته، و لم ينقل عن على بن بابويه و العمانى.

و يثبت بين الحر و المملوكه لنفى الولد

(و يثبت بين الحر و المملوكه لنفى الولد أو التعزير)

كما تقدم مفصلا .

و هل يلحق ولد المملوكه بمالكها؟

(و لا يلحق ولد المملوكه بمالكها إلّا بالإقرار به)

□
عند المصنف و الاقوى اللحق به فلا يجوز له إنكاره و يشهد للحق النصوص المستفيضه منها صحيح سعد بن عبد الله قال: «و كتب جعفر بن حمدان فخرجت إليه هذه المسائل استحللت بجاريه و شرطت عليها أن لا

ص: ١٢٤

أطلب ولدها ولا ألزمها منزلي فلما أتى لذلك مدّه قالت لي قد حبلت، فقلت لها: كيف ولا أعلم أنّي طلبت منك الولد، ثمّ غبت وانصرفت، وقد أتت بولد ذكر فلم أنكره ولا- قطعت عنها الا-جاء و النفقه- إلى- جوابها: و أمّا الرّجل الذي استحلّ بالجاريه و شرط عليها أن لا يطلب ولدها فسبحان من لا شريك له في قدرته شرطه على الجاريه شرط على الله عزّ و جلّ هذا ما لا- يؤمن أن يكون و حيث عرف في هذا الشكّ و ليس يعرف الوقت الذي أتاها فيه فليس ذلك بموجب البراءه في ولده- الخبير»(١).

و صحيح سعيد بن يسار قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الجاريه تكون للرّجل يطيف بها و هي تخرج فتعلق قال: يتّهمها الرّجل أو يتّهمها أهله؟ قلت: أمّا ظاهره فلا، قال: إذن لزمه الولد»(٢).

نعم مع التهمه لا يحرم نفيه كما دل على ذلك صحيح سعيد بن يسار المتقدم فمفهومه ان اتهمها هو او اهله لا يلزمه الولد كناية عن انه له ان ينفيه. و قريب منه خبره الاخر(٣).

بل يجب نفيه كما هو ظاهر صحيح عبد الله بن سنان، عن الصادق (عليه السلام) أنّ رجلا من الأنصار أتى أبي (عليه السلام) فقال: إنني ابتليت بأمر عظيم إنّ لي جاريه كنت أطأها فوطئتها يوما و خرجت في حاجه لي بعد ما اغتسلت منها و

ص: ١٢٧

١- كمال الدين و تمام النعمه ج ٢ ص ٥٠٠ باب ٤٥ ذكر التوقيعات الوارده عن القائم ع .

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٤٨٩

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٨٩ ح ٤

نسيت نفقه لي فرجعت إلى المنزل لآخذها فوجدت غلامى على بطنها فعدّدت لها من يومى ذلك ستته أشهر فولدت جاريه، فقال له أبى (عليه السلام): لا- ينبغي لك أن تقربها و لا- أن تبيعها، و لكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيًا، ثم أوص عند موتك أن ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لها مخرجا»(١) فظاهره انتفاء الولد بقريته قوله (عليه السلام) «لا ينبغي لك أن تقربها» اى لا تقرب البنت المولوده لانها ليست بنتا لك , و اما قوله (عليه السلام) «ولا تبيعها» فلعله من باب الاستحباب بقريته ما فى ذيله «ثم أوص عند موتك أن ينفق عليها من مالك» فلم يقل احد بوجوب الوصيه, و مثله خير محمّد بن عجلان(٢).

و بذلك يظهر ضعف ما قال الشيخ بعد نقلهما: «عدم بيع الجاربه فيهما دليل على أنّ الولد يلحق به و إلّا كان له بيع الأم»(٣).

و يؤيد عدم اللحق فى المتهمه خبر حريز، عن الصادق (عليه السلام) «فى رجل كان يظاً جاريه له و أنّه كان يبعثها فى حوائجه، و أنّها حبلت و أنّه بلغه عنها فساد، فقال (عليه السلام): إذا ولدت أمسك الولد فلا يبيعه، و يجعل له نصيبا فى داره، فقيل له: رجل يظاً جاريه له و أنّه لم يكن يبعثها فى حوائجه و أنّه اتّهمها و حبلت؟ فقال: إذا هى ولدت أمسك الولد و لا يبيعه و يجعل له نصيبا من داره و ماله، و ليس هذه مثل تلك»(٤).

ص: ١٢٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٨٨ ح ١

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٨٨ ح ٢

٣- الإستبصار باب الرّجل يكون له الجاربه يظاًها و يظاًها غيره، ح ٢ و ٣

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٨٩ ح ٢

و مرسل عن عبد الحميد بن إسماعيل، عنه (عليه السلام): سألته عن رجل كانت له جارية يطأها و هي تخرج في حوائجه فحبلت فخشى أن لا يكون منه؟ كيف يصنع أ يبيع الجارية و الولد؟ قال: يبيع الجارية و لا يبيع الولد و لا يورثه من ميراثه شيئاً»(١).

و حملهما الشيخ على أن المراد من عدم لحوق الولد عدم اللّحوق التامّ إذا كان يطأها أحياناً فوطأها غيره و اشتبه الأمر هل يمكن أن يكون منه أم لا؟ فلا يلحقه و لا ينفيه، و يجعل له شيئاً. و فيه: انه حمل تبرعى و ظاهرهما عدم اللّحوق مطلقاً و اما ان يجعل له شيئاً فلا وثوق بالخبر لضعفه سنداً حتى يثبت وجوبه .

نعم لو لم ينتف منه فهو لصاحب الفراش كما تقدم في صحيح سعيد الاعرج عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده لقول رسول الله صلّى الله عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر»(٢) و الروايات بذلك مستفيضه.

هذا و إن كان في الولد مشابهه من صاحب الفراش وجب الاعتراف به كما في صحيح يعقوب بن يزيد قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) في هذا العصر

ص: ١٢٩

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٨٩ ح ٣

٢- وسائل الشيعة ١٤: ٥٦٨ الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء ح ٤ و في التهذيب «للذى عنده الجارية».

«رجل وقع على جاريتته، ثم شك في ولده؟ فكتب عليه السلام: إن كان فيه مشابهه منه فهو ولده» (١) وغيره (٢).

(و لو نفاه انتفى بغير لعان)

لاختصاص اللعان بالزوجه و تقدم ما يدل عليه في الابحاث السابقه .

حصيله البحث:

يعتبر في الملاعنه الكمال و السلامه من الخرس و الدوام و الدخول. و يثبت بين الحرّ و المملوكه لنفى الولد أو التعزير، قيل: و لا يلحق ولد المملوكه إلّا بالإقرار به و لو اعترف بوطنها. و الاقوى اللحق به فلا- يجوز له إنكاره نعم مع التهمه لا يحرم نفيه بل يجب نفيه، و لو نفاه انتفى بغير لعان و إن كان في الولد مشابهه من صاحب الفراش و جب الاعتراف به .

القول في كيفية اللعان و أحكامه

وجوب كونه عند الحاكم

(يجب كونه عند الحاكم أو من نصبه)

ص: ١٣٠

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨١ باب ٧ لحقوق الأولاد بالآباء ح ٥٦

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨٠ باب ٧ لحقوق الأولاد بالآباء ح ٥٥

و بذلك صرح الإسكافي فقال: «لا يكون اللعان إلّا بحضرة الإمام أو خلفائه» و مثله المبسوط فى موضع فقال: «لا يصحّ إلّا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه» و قد يستدل له:

١- بصحيحه احمد بن محمد بن ابى نصر: «سألت ابا الحسن الرضا (عليه السلام) كيف الملاعنه؟ فقال: يقعد الامام و يجعل ظهره الى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه و المرأه عن يساره»^(١) و غيرها مما دل على قعود الامام حاله الملاعنه.

و فيه: ان ذلك لا يدل على شرطيه الكون حاله الملاعنه عند الامام (عليه السلام).

٢- ان اللعان نحو من الشهاده او الحلف، و هما من وظائف الحاكم و لا يصحّان إلّا لديه.

٣- ان الدليل على شرطيه اداء اللعان عند الحاكم و ان لم يكن ثابتا إلّا انه فى نفس الوقت لا دليل على صحته و ترتب الاثر عليه لدى غير الحاكم فان النصوص لا اطلاق فيها من هذه الناحيه، و معه ينبغى الاقتصار على القدر المتيقن و هو ما اذا كان الاداء لدى الحاكم اذ فى غير ذلك يشك فى ترتب الاثر فيستصحب عدمه.

و بالوجهين الاخيرين يمكن التمسك أيضا لإثبات اعتبار طلب الحاكم لأداء اللعان فى صحته.

ص: ١٣١

١- وسائل الشيعه ١٥: ٥٨٨ الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ٥.

(و يجوز التحكيم فيه للعالم المجتهد)

لقيام الفقهاء مقام الامام (عليه السلام) في زمن الغيبه كما تقدم اثباته في كتاب البيع.

لكن قال الشيخ في المبسوط: «يصحّ عند الحاكم و خليفته و من يرضى به الزوجان» و تبعه ابن حمزه و المحقق فقال: «و لو تراضيا برجل من العامه يلاعن بينهما جاز» قلت: و لا شاهد لهم بل يردهم ما تقدم من شرطيه الامام او من يقوم مقامه , وقد يقال بكفايه قاضى التحكيم . و فيه: ان الاقوى عدم صحه القول بقاضى التحكيم كما تقدم فى كتاب القضاء .

كيفية اللعان

(فيشهد الرجل أربع مرّات بالله أنه لمن الصادقين فى ما رماها به، ثم يقول ان لعنه الله عليه ان كان من الكاذبين، ثم تشهد المرأه أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فى ما رماها به، ثم تقول ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين)

قال تعالى فى سورة النور { وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحْيِدِهِمْ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَهُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَالْخَامِسَهُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ }.

ص: ١٣٢

و فى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج: «ان عباد البصرى سأل ابا عبد الله (عليه السلام) و أنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: ان رجلا من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله أ رأيت لو ان رجلا دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا- يجامعها ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وآله فانصرف الرجل و كان ذلك الرجل هو الذى ابتلى بذلك من امرأته قال: فنزل الوحي من عند الله عز و جل بالحكم فيها قال: فأرسل رسول الله صلى الله عليه وآله الى ذلك الرجل فدعاه فقال: أنت الذى رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم فقال له: انطلق فايتنى بامرأتك فان الله عز و جل قد انزل الحكم فيك و فيها قال: فاحضرها زوجها فوقفها رسول الله صلى الله عليه وآله و قال للزوج: اشهد اربع شهادات بالله انك لمن الصادقين فيما رميتها به قال: فشهد قال: ثم قال رسول الله صلى الله عليه وآله: امسك و وعظه. ثم قال: اتق الله فان لعنه الله شديده ثم قال: اشهد الخامسة ان لعنه الله عليك ان كنت من الكاذبين قال: فشهد فأمر به فنجى. ثم قال (عليه السلام) للمرأة: اشهدى اربع شهادات بالله ان زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به قال: فشهدت ثم قال لها: امسكى فوعظها ثم قال لها: اتقى الله فان غضب الله شديدا، ثم قال لها: اشهدى الخامسة ان غضب الله عليك ان كان زوجك من الصادقين فيما رماك به قال: فشهدت قال: ففرّق بينهما و قال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعنتما»(1).

ص: ١٣٣

١- وسائل الشيعة ١٥: ٥٨٦ الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ١.

يجب ان يكون اللعان عند الحاكم أو من نصبه، و يجوز التحكيم فيه للعالم المجتهد فيشهد الرجل أربع مرّات أنّه لمن الصادقين فيما رماها به، ثمّ يقول: إنّ لعنه الله عليه إن كان من الكاذبين، ثمّ تشهد المرأة أربع شهاداتٍ إنّهُ لمن الكاذبين فيما رماها به، ثمّ تقول: إنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

شروط اللعان

(و لا بدّ من التلقّف بالشهادة على الوجه المذكور)

لما تقدم من الايه و النص .

(و أن يكون الرجل قائماً عند إيراده و كذا المرأة و قيل: يكونان معا قائمين في الإيرادين و ان يتقدم الرجل أولاً)

ذهب إلى قيامهما معا العمانى و المفيد و الدبلمى و الشيخ فى نهايته و القاضى و ابن حمزه و ابن زهره، و ظاهر الصدوقين انها تكون قاعده قاله المختلف(1) و به قال المبسوط و تبعه الحلّى، و الأوّل ظاهر الكافى لاعتماده على صحيح عبد الرحمن بن الحجاج أنّ عيّاد البصرى سأل الصادق (عليه السلام) و أنا حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال عليه السلام: إنّ رجلاً من المسلمين أتى النّبىّ صلّى الله عليه و آله قال: أ رأيت لو أنّ رجلاً دخل

ص: ١٣٤

١- مختلف الشيعة، ج ٧، ص: ٤٤٧ و قد نقل كل ما ذكرناه من الاقوال ايضا .

منزله - إلى - فأحضرها زوجها فأوقفهما النبي صلى الله عليه وآله ثم قال للزوج: اشهد أربع شهادات بالله - الخبر» (١).

و يشهد لذلك النصوص المستفيضة كصحيح علي بن جعفر عن اخيه ابي الحسن عليه السلام: «سألته عن الملاعنه قائما يلاعن أم قاعدا قال: الملاعنه و ما أشبهها من قيام» (٢).

و صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام: سألته عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلا القبلة بحدائنه - الخبر» (٣).

و اما القول بقيام الرجل عند إيراده ثم المرأة فلا شاهد له سوى ما فى الفقيه «و فى خبر آخر ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرّات بالله إنّه لمن الصادقين - إلى - ثم تقوم المرأة فتحلف أربع مرّات - الخبر» (٤) و هو مع كونه غير مسند الى المعصوم معارض لما تقدم من النصوص المعتمده .

ص: ١٣٥

-
- ١- وسائل الشيعة ١٥: ٥٨٦ الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ١.
 - ٢- وسائل الشيعة ١٥: ٥٨٨ الباب ١ من أبواب اللعان الحديث ٦.
 - ٣- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٦٥
 - ٤- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٦

ثمّ ظاهر المبسوط و الحليّ وجوب جلوس المرأة حال إيراد الرّجل، و الظاهر أنّ المبسوط استند إلى روايه البخارى «عن ابن عباس أنّ هلال بن أميّه قذف امرأته فجاء فشهد، و النّبىّ صلّى الله عليه و آله يقول: إنّ الله يعلم أنّ أحد كما كاذب فهل منكما تائب، ثمّ قامت فشهدت» (١) و هذا نصّ المبسوط: «إذا أراد الحاكم أن يلاعن بين الزوجين فإنّه يبدء فيقيم الرّجل و يأمره أن يلاعن قائماً لأنّ النّبىّ صلّى الله عليه و آله أمر العجلاني بذلك، فقال له: قم و اشهد و تكون المرأة جالسه في حال لعانه فإذا فرغ الرّجل قامت و التعنت قائمه كالرّجل» و هو كما ترى .

(و أن يميز الزوجه عن غيرها تمييزاً يمنع المشاركه و أن يكون الإيراد باللفظ العربى الصحيح الّا مع التعذر فيفتقر الحاكم الى مترجمين عدلين أن لم يعرف تلك اللغه)

إمّا تمييز الزوجه فلانّ مورد الآيه و الأخبار رمى الزوجه المعينه.

و أمّا الإيراد باللفظ العربى فهو القدر المتيقن، و أمّا افتقاره مع التعذر إلى مترجمين عدلين فهو مقتضى القواعد العامه، و لا يبعد إجزاء الواحد الثقه لأنّه ليس من الحقوق.

ص: ١٣٦

١- صحيح البخارى؛ ج ١٧، ص ٤٤٨، ح ٥٣٠٧، باب يبدء الرّجل بالتلاعن .

و يجب البدأ بالشهادة، ثم باللعن

(و يجب البدأ بالشهادة، ثم باللعن، و فى المرأه بالشهادة ثم) (الغضب) حسبما ورد به القرآن و دلت عليه الآثار.

و يستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة

(و يستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة و أن يقف الرجل عن يمينه و المرأه عن يمين الرجل)

لكن مقتضى صحيح البزنطى عن الرضا عليه السلام: «يقعد الامام و يجعل ظهره إلى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه و المرأه عن يساره» (١) كون المرأه عن يسار الامام، و به عمل الفقيه (٢).

(و أن يحضر من يسمع اللعان)

ذكر ذلك الشيخ فى المبسوطين و تبعه القاضى، و ابن حمزه و استدلل له فيهما بقوله تعالى {و ليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين} و هو كما ترى فلا علاقه للايه باللعان مع أن اللعان لدرء العذاب لا للعذاب، و لا على دليل على استحباب ما ذكر، بل روى أمالى الشيخ خبر رزىق، عن الصادق عليه السلام: إذا تلاعن اثنان فتباعدا منهما فإن ذلك المجلس تنفر عنه الملائكة، ثم قال: «اللهم لا تجعل لها إلى مساعا و اجعلها برأس من يكاید دينك و

ص: ١٣٧

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٦٥

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٦

يضارّ وليّك و يسعى في الأرض فساداً»(١) وهو يدل على كراهه الحضور لكنه ضعيف سندا .

و إنّما في رساله المحكم و المتشابه للمرتضى عن تفسير النعمانيّ بإسناده عن علي (عليه السلام) و فيه «فأتاه بأهله و أتى فيها قومها- الخبر»(٢) و هو أعمّ دلالة و ضعيف سندا(٣).

(و ان يعظه قبل كلمه اللعنه و يعظها قبل كلمه الغضب)

كما في صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج المتقدم و فيه: «أنّ عبّاد البصرى سأل الصادق (عليه السلام) و هو حاضر كيف يلاعن الرّجل المرأه - إلى - ثمّ قال له: اتقى الله فإنّ لعنه الله شديد، ثمّ قال له: اشهد الخامسة إنّ لعنه الله عليك إن كنت من الكاذبين - إلى - ثمّ قال لها أمسكي فوعظها و قال لها: اتقى الله فإنّ غضب الله شديد، ثمّ قال لها: اشهدى الخامسة إنّ غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين - الخبر».

(و أن يغلظ بالقول و المكان كيبين الركن و المقام بمكه و فى الروضه بالمدينه و تحت الصخره بالمسجد الأقصى و فى المساجد بالأمصار أو المشاهد الشريفه)

ص: ١٣٨

١- الأمالى (للطوسى) ص ٧٠٠

٢- وسائل الشيعة ج ٢٢ ص ٤١١ باب ١ كيفيته و جملة من أحكامه ح ٩

٣- راجع وسائل الشيعة، ج ٣٠، ص: ١٤٤ رقم ٥٢

أما التعليل بالقول فلا دليل عليه و الأصل فيه قول الخلاف «يغلظ اللعان باللفظ و الوقت و الموضع و الجمع، و به قال الشافعي، و قال أبو حنيفة: لا يغلظ بالمكان و لا بالوقت و لا بالجمع، دليلنا أن ذلك أردع- إلخ» .

و أمّا التعليل المكاني فيدل عليه ما تقدم من رساله المحكم و المتشابه للمرتضى عن تفسير النعماني بإسناده عن عليّ (عليه السلام) أن النبي صلى الله عليه و آله لما رجع من تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إن امرأتى زنت بشريك بن السمحاء- إلى- فأناه بأهله و أتى معها قومها فوافقا النبي صلى الله عليه و آله و هو يصلى العصر فلما فرغ أقبل عليهما و قال لهما: تقدما إلى المنبر فلاعنا فتقدم عويمر إلى المنبر فتلا صلى الله عليه و آله عليه آيه اللعان- الخبر» و هو ضعيف سندا.

□
و أمّا ما فى المبسوط «و قال قوم «على المنبر» لما روى أن النبي صلى الله عليه و آله لاعن بين رجل و امرأه على المنبر، و روى جابر الأنصاري أن النبي صلى الله عليه و آله قال: من حلف على منبرى هذا يمينا فاجره ليقطع بها مال امرئ مسلم و لو على سواك من أراك فليتبوأ مقعده من النار» ففيه: ان الخبرين عاميان فلا حجيه فيهما .

حصيله البحث:

و لا بدّ من التلقظ بالشهادة على الوجه المذكور، و ان يكونا معاً قائمين فى الإيرادين. و أن يتقدم الرجل أولاً، و أن يميز الزوجه عن غيرها تمييزاً يمنع المشاركة، و أن يكون الإيراد باللفظ العربى إلّا مع التعذر فيفتقر الحاكم

ص: ١٣٩

إلى مترجمين عدلين إن لم يعرف تلك اللغه و يكفى مترجم واحد ثقه, و تجب البدأ بالشهادة ثم اللعن، و فى المرأه بالشهادة ثم الغضب, و يستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة، و أن يقف الرجل عن يمينه و المرأه عن يساره، و أن يحضر من يسمع اللعان، و أن يعظه الحاكم قبل كلمه اللعنه و يعظها قبل كلمه الغضب .

و إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد

(و إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد)

و إن لم يلاعن يحدّ سواء لم يلاعن أصلاً أو شرع و لم يكمله كما فى موثق عبّاد بن صهيب «عن الصادق (عليه السلام) فى رجل أوقفه الإمام للّعان فشهد شهادتين، ثم نكل فأكذب نفسه قبل أن يفرغ من اللعان، قال: يجلد حدّ القاذف و لا يفرّق بينه و بين امرأته»(١).

(و وجب على المرأه فإذا أقرت بالزنا أو نكلت و جب عليها الحد و ان لاعنت سقط عنها)

و أمّا وجوب الحدّ عليها بدونه فلاّته تعالى علّق عدمه على لعانها فقال تعالى

{وَيَذَرُونَهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ...} و سقوطه أيضا انما يكون بتمام لعانها كما دل على ذلك صحيح على بن جعفر، عن أخيه عليه السلام: «سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات بالله ثم نكل فى

ص: ١٤٠

الخامسه قال: إن نكل في الخامسة فهي امرأته و جلد و إن نكلت المرأه عن ذلك إذا كانت اليمين عليها فعليها مثل ذلك»(١).

و يتعلق بلعانها أحكام أربعة

(و يتعلق بلعانها أحكام أربعة سقوط الحدين عنهما)

و يستفاد سقوط الحدين من قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحْيَادِهِمْ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ...} (٢) و من صحيحه ابن الحجاج المتقدمه فلاحظ.

و اما انه اذا لاعن هو دونها حدّت دونه فيستفاد من الآية الكريمة لأنها ظاهره في ان لعان كل واحد من الزوجين موجب لدرء الحدّ عن نفسه، بل قد يستفاد من صحيحه ابن الحجاج أيضا.

و اما انه اذا لم يلاعن الرجل أيضا حدّ دونها فباعتبار تحقق القذف منه فيحد، و اما هي فحيث لم يثبت في حقها المقذوف به فلا موجب لحدّها.

(و زوال الفراش، و نفى الولد عن الرّجل)

و يدل عليهما صحيحه ابى بصير عن ابى عبد الله عليه السّلام: «المرأه يلاعنها زوجها و يفرّق بينهما الى من ينسب ولدها؟ قال: الى امه»(٣).

ص: ١٤١

١- مسائل على بن جعفر و مستدركاتهما ص ٢٨٠ و الكافي ج ٦ ص ١٦٥

٢- النور: ٦-٩

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٩١

و يستفاد ذلك في لعان القذف من صحيحه عبد الرحمن المتقدمه « و قال لهما: لا تجتمعا بنكاح بعد ما تلاعتما » و غيرها، و في لعان نفى الولد من صحيحه الفضيل (١) و غيرها و الروايات بذلك مستفيضه بل التحريم المؤبد عندنا إجماعى و لا يحتاج إلى طلاق كما عند بعض العامه .

و لو أكذب نفسه في أثناء اللعان كان عليه حد القذف

(و لو أكذب نفسه في أثناء اللعان و جب عليه حد القذف) كما تقدم .

(و بعد لعانه قولان و كذا بعد لعانهما لكن لا يعود الحل و لا يرث الولد و ان ورثه الولد)

ذهب إلى الحد المفيد و المرتضى و المبسوطان استنادا إلى خبر محمد بن فضيل «عن أبي الحسن (عليه السلام) سألته عن الرجل لاعن امرأته و انتفى من ولدها ثم أكذب نفسه هل يردّ عليه ولده؟ فقال: إذا أكذب نفسه جلد الحدّ و ردّ عليه ابنه و لا ترجع امرأته» (٢) و حملة التهذيب على أنّ المراد إذا أكذب نفسه قبل أن يمضى اللعان.

ص: ١٤٢

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨٧

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٩٤

قلت: و هو و ان كان حملا- تبرعيا و يمنع منه قوله: «و لا- يردّ إليه امرأته» ألما انه ايه ضعفه مضافا الى ضعف سنده و اعراض الكافي و الفقيه عنه، و يمكن حمله على التقيّه فنقل الخلاف إنّ قال بمضمونه من الحدّ و بقاء تحريم المرأة و عود النسب مطلقا الشافعيّ.

و ذهب الصدوق(1) و الشيخ و القاضي و الحلبيّ إلى سقوط الحد عنه و هو ظاهر الكافي حيث روى صحيح الحلبيّ، عنه عليه السلام: «سألته عن رجل لاعن امرأته و هي حبلى قد استبان حملها، فأنكر ما في بطنها فلمّا وضعت ادّعاها و أفترّ به و زعم أنّه منه، فقال: يردّ إليه ولده و يرثه و لا يجلد لأنّ اللعان قد مضى»(2).

و موثقه عن الصّادق (عليه السلام) «في رجل لاعن امرأته و هي حبلى، ثم ادّعى ولدها بعد ما ولدت و زعم أنّه منه؟ قال: يردّ إليه الولد و لا يجلد لأنّه قد مضى التلاعن»(3).

و اما ما في صحيح الحلبيّ عنه (عليه السلام) في خبر: و سألته عن الملاّعنه التي يرميها زوجها و ينتفى من ولدها و يلاعنها و يفارقها، ثم يقول بعد ذلك: «الولد ولدى» و يكذب نفسه، فقال: أمّا المرأة فلا يرجع إليه أبدا، و أمّا الولد فإني أردّه إليه إذا ادّعاها و لا أدع ولده و ليس له ميراث، و يرث الابن

ص: ١٤٣

١- فأفتى بذلك الفقيه ثم قال: «روى ذلك البنظي عن عبد الكريم، عن الحلبيّ، عن أبي عبد الله عليه السلام» من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٣٩.

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٥

٣- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٦ ص ١٦٤

الأب و لا يرث الأب الابن، يكون ميراثه لأخواله فإن لم يدعه أبوه فإن أخواله يرثونه و لا يرثهم، فإن ادّعه أحد ابن الزّانية جلد الحدّ»(١) فليس فيه ذكر من الحدّ و كان المقام مقام ذكره لو كان.

نعم تضمن عدم إرثه أخواله و هو محل منع لمعارضته بأخبار أخرى كما يأتي في الميراث.

و أمّا ما فيه قبل ذلك: «و سألته عن المرأة الحرّة يقذفها زوجها و هو مملوك، قال: يلاعنها [ثم يفرق بينهما فلا تحلّ له أبداً فإن أقرّ على نفسه بعد الملاعنه جلد حدّاً (كذا) و هي امرأته] قال: و سألته عن الحرّ تحته أمه فيقذفها؟ قال: يلاعنها» فقله «ثم يفرّق بينهما- إلى- و هي امرأته» .

فاجاب عنه في النجعه بقوله: «إنما هو في نسخه و هو غير صحيح فنقله العاملي(٢) بدونه، و رواه التّهذيب(٣) عن الكافي أيضا بدون الزّياده، و رواه الإستبصار(٤) عن كتاب عليّ بن إبراهيم مثله بدون الزّياده، و نقل الوسائل الخبر ثمّ عن الكافي، ثمّ قال و رواه الشيخ بإسناده عن عليّ بن إبراهيم مثله مع أنه إنّما نقله عن كتاب عليّ في الاستبصار، و أمّا التّهذيب فنقله عن كتاب الكافي و فيهما نقل الخبر إلى يلاعنها بدون قوله: «و سألته عن الحرّ-

ص: ١٤٤

١- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٦٤

٢- الوسائل في ٥ من أبواب لعانه

٣- التّهذيب في ٩ من لعانه

٤- الإستبصار في أول ٢ من لعانه

إلخ». و نقله الوافى (١) عن التهذيبين عن الكافى مثله, مع أنك عرفت أن الإستبصار نقله من كتاب على و أنه ليس فيهما «و سألته عن الحرّ»، و ليس فى الاستبصار غير «و سألته عن المرآه الحرّه يقذفها زوجها و هو مملوك؟ قال: يلاعنها» و يدلّ على أنّ التهذيب ليس فيه «و سألته عن الحرّ تحته أمّه فيقذفها، قال: يلاعنها» أنّه قال بعده «و هذا الخبر يدلّ على أنّ اللعان يقع بين المملوك و الحرّه» و الخبر نقله فى حاشيه المرآه مثل نسخه الكافى ناسبا تلك الزيادة إلى نسخه، و الظاهر أنّ الناسخ قطع نظره من قوله: «يلاعنها» هنا إلى قوله «يلاعنها» قبل فبعده تلك الجملة «ثمّ يفرّق بينهما- إلى- و هى امرأته» مع تبديل «قبل الملاعنه» بقوله «بعد الملاعنه» من باب التغيير للتقابل (٢), قلت: و عليه فلا- و ثوق بهذه الزيادة و لا تجرى اصاله عدم الزيادة فى المقام و ذلك لأن حجيه هذا الاصل انما هى ببناء العقلاء و هو فى ما اذا كانت الزيادة كلمه و كلمتين مما يمكن ان يغفل عنها الناسخ للحديث او غيره مما له علاقه بنقل الخبر لا فى ما اذا كانت الزيادة سطر و سطور كما فى ما نحن فيه .

و اما خبر أبى الصباح الكنانى عن الصّادق عليه السّلام: سألته عن رجل لاعن امرأته و انتفى من ولدها، ثمّ أكذب نفسه بعد الملاعنه، و زعم أنّ الولد ولده هل يردّ عليه ولده، قال: لا و لا كرامه لا يرد عليه و لا تحلّ له إلى يوم القيامة» فلا ظهور له بعدم ارث الولد منه، و لذا حمل على أنّ

ص: ١٤٥

١- الوافى فى ٣ من لعانه .

٢- النجعه ج ٩ كتاب اللعان .

المراد عدم الردّ عليه تامّا بأن يتوارثا جمعا بينه و بين ما دلّ على إرث الولد منه دون العكس.

و يشهد لارث الولد من ابيه دون العكس النصوص المعتمده الاتيه الداله على ان ارثه لامه و من يتقرب بها كصحيح زراره(١) و صحيح الحلبي المتقدم.

و يؤيده خبر زراره عن الصّادق (عليه السلام) «قلت: يردّ إليه الولد إذا أقرّ به؟ قال: لا، و لا- كرامه و لا- يرث الابن و يرثه الابن»(٢).

حكم ما لو أكذبت نفسها بعد لعانها

(و لو) أكذبت المرأه نفسها (بعد لعانها فكذلك) لا يعود الفراش و لا يزول التحريم (و لا حد عليها) بمجرد إكذابها نفسها، لأنه إقرار بالزنا و هو لا يثبت (إلّا أن تقرر أربعا) فإذا أقرت أربعا حدث عند الشّيخ و القاضي و الحلبي فافتوا بشبوت الحدّ لقاعده ثبوته بالإقرار أربعا من الكامل الحر المختار (على خلاف) فقل بسقوطه بلعانهما لقوله تعالى ﴿وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعِيَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ...﴾ فلا يعود .

وفيه: انه لا يشمل ما لو اكذبت نفسها لان الإقرار أربعا سبب آخر كما لو أقيم عليها الحد بعد شهاده شهود أربعه.

ص: ١٤٦

١- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٧ ص ١٦٠ ح ٢

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨٤ ح ١

و إذا لاعن الرّجل سقط عنه الحدّ و وجب على المرأة، فإذا أقرت أو نكلت وجب الحدّ، و إن لاعنت سقط و سقوطه أيضا انما يكون بتمام لعانها. و يتعلّق بلعانها أحكامٌ أربعة: سقوط الحدّين عنهما، و زوال الفراش، و نفى الولد عن الرّجل، و التّحريم المؤبّد. و لو أكذب نفسه فى أثناء اللّعان وجب عليه حدّ القذف، و بعد لعانه يسقط الحد و كذا بعد لعانها لكن لا يعود الحّلّ و لا يرث الولد و إن ورثه الولد. و لو أكذبت نفسها بعد لعانها فكذلك و لا حدّ عليها إلّا أن تقرّ أربعاً .

و لو قذفها الزوج برجل و جب عليه حدّان

(و لو قذفها الزوج برجل) معين (وجب عليه حدان) أحدهما لها، و الآخر للرجل لأنه قذف لاثنتين .

(و له إسقاط حدها باللّعان) دون حد الرجل .

(و لو أقام بينه) بذلك (سقط الحدان) كما يسقط حد كل قذف بإقامه البينه بالفعل المقذوف به، و كل ما تقدم فهو مما تقتضيه القواعد و ان لم يكن به نصّ بالخصوص .

هذا وقد يدعى ان مقتضى إطلاق بعض أخبار العامه (١) و الخاصه (٢) سقوطه مطلقا لانها لم تتعرض لذكر الحد .

ص: ١٤٨

١- فروي سنن النسائي (في عنوان كيف اللعان) «عن أنس بن مالك أن أول لعان كان في الإسلام أن هلال بن أمية قذف شريك بن السحماء بامرأته فأتى النبي صلى الله عليه وآله فأخبره بذلك، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: أربعه شهداء و إلا فحد في ظهرك - يرد ذلك عليه مرارا - فقال له هلال: و الله إن الله ليعلم أنني صادق و لينزلن الله عز و جل عليك ما يري ظهرى من الجلد، فبينما هم كذلك إذ نزلت عليه آية اللعان «و الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ - إلخ» - إلى أن قال - ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت على اليمين، فقال صلى الله عليه وآله: أنظروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضيب العينين فهو لهلال، و إن جاءت به آدم جعدا ربعا حمش السافين فهو لشريك فجاءت به جعدا ربعا حمش الساقين، فقال صلى الله عليه وآله: لو لا ما سبق فيها من كتاب الله لكان لى و لها شأن». فلم يتعرض لذكر حد لشريك .

٢- ففي رساله المحكم و المتشابه للمرتضى نقلا عن تفسير النعماني بإسناده عن علي (عليه السلام) أن النبي صلى الله عليه وآله لما رجع من غزوه تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إن امرأتى زنت بشريك بن السحماء فأعرض عنه النبي صلى الله عليه وآله و سلم فأعاد عليه القول فأعرض عنه فأعاد عليه ثالثة فقام و دخل فنزل اللعان، فخرج إليه و قال: ايتنى بأهلك فقد أنزل الله فيكما قرآنا، فمضى فأتاه و أتى معها قومها فوافوه صلى الله عليه وآله و سلم و هو يصلى العصر، فلما فرغ أقبل عليهما و قال لهما: تقدما إلى المنبر فلاعنا فتقدم، عويمر إلى المنبر فتلا عليه النبي صلى الله عليه وآله و سلم - إلى - فقال لهما صلى الله عليه وآله: اذهب فلن تحل لك و لن تحلى له أبدا، فقال عويمر: فالذى أعطيتها، فقال: إن كنت صادقا فهو لها بما استحلتت من فرجها، و إن كنت كاذبا فهو أبعد لك منه» و نقل مضمونه علي بن إبراهيم فى تفسير الآيه مرفوعا.

و فيه: انها مضافا الى ضعفها سندا, ان سكوتها اعم لانها ليست فى مقام البيان من هذه الجبهه .

و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط

(و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط) لتعذره بموتها (و ورثها) لبقاء الزوجيه لانها لا تنتفى إلاً باللعان و لم يقع .

(و عليه الحد للوارث) بسبب القذف، لعدم اللعان المسقط للحد .

(و له أن يلاعن لسقوطه) و إن لم يكن بحضور الوارث، لعموم الآيه و قد تقدم أن لعانه يسقط عنه الحد، و يوجب الحد عليها، و لعانهما يوجب الأحكام الأربعة فإذا انتفى لعانها منضمًا إلى لعانه بموتها بقى الأول خاصه فيسقط الحد عنه .

(و لا ينتفى الإرث بلعانه بعد الموت) كما لا تنتفى الزوجيه بلعانه قبل موتها.

(ألاً على روايه) الفقيه موثقاً عن زيد بن على « فى رجل قذف امرأته ثم خرج فجاء و قد توفيت قال يخير واحدا من اثنين، فقال له: إن شئت ألزمت

نفسك الذنب فيقام فيك الحدّ و تعطى الميراث، و إن شئت أقررت فلاعنت أدنى قرابتها إليها و لا ميراث لك»(١).

□

و مرسله التهذيب عن أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام) «في رجل قذف امرأته و في قريه من القرى فقال السلطان: مالي بهذا علم عليكم بالكوفه فجاءت إلى القاضي لتلاعن فماتت قبل أن يتلاعنا فقالوا: هؤلاء: لا ميراث لك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن قام رجل من أهلها مقامها فلاعنه فلا ميراث له و إن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها»(٢) و عمل بالاول منهما الفقيه و بهما افتى الشيخ في الخلاف و تبعه القاضي و ابن حمزه .

اقول: اعرض عنهما الكافي و لم يعلم عمل أحد بهما قبل الشيخ و أنكر العمل بهما ابن ادريس، و الأول و ان كان موثقا سندا الّا ان رواه زيديّه، و الثاني مرسل فلا وثوق بهما و مقتضى القواعد أنّ فسخ عقد الزّوجه موقوف على لعانها، فإذا ماتت قبل لعانها يكون إرثها باقيا و الأصل وقوع اللعان بين الزوجين شرعا. فوقوعه بين الزوج و غير الزوجه من أهلها خلاف القاعدة الثابته في الشريعة المقدسه فلا يعلم ثبوت آثار اللعان على لعان لم يثبت شرعيته .

ص: ١٥٠

١- الفقيه ج ٣ ص ٥٣٩ ورواه بنفس السند عن ابائه عن علي عليهم السلام ج ٤ ص ٣٢٤

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٨ ص ١٩٠

(و لو كان الزوج أحد) الشهود (الأربعة) بالزنا (فالأقرب حدّها) خلافا للحلبيّ و القاضي و هو المفهوم من المفيد و الدّيلمى و ابن زهره فذهبوا الى عدم القبول و الاقوى القبول لعدم المانع من قبول شهادته الزوج على زوجته كما يشهد لذلك خبر إبراهيم بن نعيم، عن الصّيادق عليه السّلام: «سألته عن أربعة شهدوا على امرأه بالزّنا أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم» (١) نعم هو ضعيف سندا بعباد بن كثيره و ينافيه خبر أبى سيار مسمع عن الصّادق (عليه السلام) «فى أربعة شهدوا على امرأه بفجور أحدهم زوجها، قال: الثلاثة يجلدون و يلاعنها زوجها و يفرق بينهما و لا تحلّ له أبدا» (٢) و خبر زراره، عن أحدهما عليهما السّلام «فى أربعة شهدوا على امرأه بالزّنا أحدهم زوجها؟ قال: يلاعن الزّوج و يجلد الآخرون» (٣).

اقول: و لم يرو واحدا من الاخبار المتقدمه الكافى و هذا مما يوجب سلب الوثوق منها، كما و ردّ العمل بالاخيرين الشيخ و قال: العمل على الأوّل الدال على قبول شهادته الموافق لظاهر قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ زَوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ فبيّن أنّ اللعان إذا لم يكن له من الشهود إلّا نفسه فأما إذا أتى بالشهود الذين يتم بهم أربعة فلا يجب عليه اللعان (٤).

ص: ١٥١

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٢٨٢ ح ١٨١
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ١٠ ص ٧٩
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٢٨٢ ح ١٨٢
- ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٢٨٣

هذا و جمع الاصحاب بينها بما لا شاهد له فجمع الفقيه بين الخبرين بحمل خير إبراهيم على ما إذا رماها الزوج في الأربعة و لم ينف ولدها، و خير أبي سيار على نفيه الولد قال: لأن اللعان لا يكون إلا بنفى ولد^(١)، و هو جمع تبرعى مخالف لظاهرهما، و عن الإسكافي الجمع بحمل خبر القبول على كون المرأة غير مدخول بها^(٢)، و هو أيضا كما ترى تبرعى لا شاهد له، و جمع الخلاف بحمل خير القبول على ما إذا لم يرم قبل الشهود^(٣)، و تبعه ابن حمزه و الحلبي، و هو كالمحامل المتقدمه لا شاهد له .

هذا كله (إن لم تختل الشرائط) المعتبره في الشهاده (بخلاف ما إذا سبق الزوج بالقذف) فإن شهادته ترد لذلك، و هو من جمله اختلال الشرائط (أو اختل غيره من الشرائط) كاختلاف كلامهم في الشهاده، أو فسق أحدهم لها، أو غير ذلك (فإنها) حينئذ (لا تحدد) لعدم اجتماع شرائط ثبوت الزنا (و يلاعن الزوج) لإسقاط الحد عنه بالقذف (و إلا) يلاعن (حد) و يحد باقى الشهود للفرية.

حصيله البحث:

و لو قذفها برجلٍ وجب عليه حدّان و له إسقاط حدّها باللعان، و لو أقام بينه سقط الحدّان، و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان و ورثها و عليه

ص: ١٥٢

١- من لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ٥٢

٢- النجعه ج ٩ كتاب اللعان .

٣- الخلاف فى ٥٩ من مسائل لعانه

الحدّ للوارث و له أن يلاعن لاسقاط الحد عن نفسه، و لا ينتفى الإرث بلعانه بعد الموت، و لو كان الزّوج أحد الأربعة فالأقرب حدّها إن لم يختلّ الشّرائط بخلاف ما إذا سبق الزّوج بالقذف أو اختلّ غيره من الشّرائط فإنّها لا تحدّ، و يلاعن الزّوج و إلّا حدّ.

ص: ١٥٣

(و فيه فصول)

حقيقه الاقرار: هو اخبار الشخص عن حق ثابت عليه او نفى حق له على غيره.

ثم ان لازم كون الاقرار اخبارا خروجه عن العقود و الايقاعات و كونه شيئا ثالثا في مقابلهما كما هو واضح.

هذا و ينبغي التفرقة بين قاعده حجيه الاقرار و قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به، فان معنى الاولى: ان من أقرّ على نفسه بشىء كان ملزما به، فى حين ان معنى الثانية: ان من كان له الحق فى تصرف معين فاخباره عن تحققه نافذ، فالزوج ما دام له الحق فى طلاق زوجته فاخباره عن تحققه نافذ، و الوكيل فى بيع دار و نحوها بما ان له الحق فى ايقاع ذلك فاخباره عن تحققه نافذ.

و هو حجه على المقر و ملزم به و ذلك للسيرة العقلائية على ذلك. و هى حجه بسبب عدم الردع عنها الكاشف عن امضاءها.

و اما الاستدلال له بالحديث المشهور عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(١) فلا وجود له في كتب الحديث و انما هو مذكور في الكتب الاستدلالية لفقهاءنا من دون سند و دعوى صاحب الجواهر انه حديث نبوي مستفيض او متواتر لا نعرف وجهها^(٢) فانه لم يثبت كونه حديثا ليكون مستفيضا او متواترا.

و اما قول الشيخ في الخلاف «دليلنا: الأخبار المرويه في أن إقرار العاقل على نفسه جائز»^(٣) فالظاهر انه نقل بالمضمون لما ورد في هذا الباب لا انه روايه مستقله نعم قوله الاخر «دليلنا: قول النبي عليه السلام: ان إقرار العاقل جائز على نفسه»^(٤) ظاهر في كونه روايه مستقله و من المظنون قويا انها من روايات العامه .

و اما شهره العمل به - على تقدير كونه حديثا - فلا يمكن الاعتماد عليها في المقام لاحتمال ان استنادهم اليه ليس لكونه حديثا صادرا عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ حقا بل لان مضمونه مضمون عقلائي لا يحتاج الى روايه, بل حجيه الاقرار عقليه بتقريب ان العاقل حيث انه لا يكذب على

ص: ١٥٥

١- وسائل الشيعه ١٦: ١٣٣ الباب ٣ من ابواب الاقرار ح ٢، عوالي اللئالي ج ١ ص ٢٢٣

٢- جواهر الكلام ٣: ٣٥

٣- الخلاف؛ ج ٣، ص: ٥٩٧

٤- الخلاف؛ ج ٥، ص: ٣١٦

نفسه بما يضره فاذا اقرّ على نفسه بشىء حصل القطع بصدق المضمون المقر به كما يرشد لذلك قوله تعالى: {أَأَقْرَضْتُمْ وَ أَخَذْتُمْ عَلَيَّ ذَلِكُمْ إِصْرِي} قالوا أقْرَضْنَا (١) وقوله تعالى {وَ آخِرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ} (٢) وقوله تعالى {أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ} قالوا بلى (٣).

قاعده من ملك شيئاً ملك الاقرار به

و اما قاعده من ملك شيئاً ملك الاقرار به فاستدل لها بالاجماع و هو على فرض تحققه حدسى لا يوجب الكشف عن رأى المعصوم (ع) , نعم هى ثابتة لاجل التلازم بين مالكيه الشىء و مالكيه الاقرار به عرفاً, فمن كان له الحق فى تصرف معين كالزوج له الحق فى طلاق زوجته فلازم ذلك عرفاً ان اخباره عن تحققه نافذ، و الوكيل فى بيع دار و نحوها يملك ايقاع ذلك و لازمه ان اخباره عن تحققه نافذ .

لا- يقال: لو كان اقراره حجه لكان اخبار كل مخبر عن صدور فعله حجه كما لو استأجر الخياط على ان يخيظ له كذا فأخبر الخياط بوقوع ذلك فمقتضى التلازم هو حجه اخباره, مع انه ليس كذلك قطعاً (٤), فانه يقال: هذا

ص: ١٥٦

١- آل عمران: ٨١

٢- التوبه: ١٠٢

٣- الاعراف: ١٧٢

٤- القواعد الفقهيّه ج ١ - البوجردى؛ ص ٩؛ بتصرف .

الاشكال و امثاله مما قيل لا- علاقته له بموضوع القاعده اصلا فان موضوعها هو من مَلِكٍ أمراً و كان ذلك الامر باختياره بلا منازع له في ذلك الفعل فلا يشمل من يدعى شراء شيء لان منكر البيع النافى لادعاء المشتري يملك عدمه, و لا يشمل الخياط الا-جير على الفعل و ذلك لانه قد مُلِكَ عليه الفعل بعقد الاجاره فلا بد من تحويله الى الموجر لوجوب الوفاء بالعقود, لا انه مالك له فلا وجه لكفايه الاقرار به .

(الأول الصيغه و توابعا)

(و) الصيغه (هى: له عندى كذا, أو هذا الشيء له, أو له فى ذمتى كذا, و شبهه)

و يكفى فيها ما كان له دلالة عرفيه حتى أنه لو ادعى بعد ذلك إرادته خلاف ما يفهم منه لا يقبل منه و ذلك لحجيه الظهورات، و قوله تعالى {كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ} معناه مقرين على أنفسكم .

و لو علقه بالمشيئه بطل

(و لو علقه بالمشيئه) كقوله: إن شئت، أو إن شاء زيد، أو إن شاء الله (بطل ان اتصل) الشرط، للشك فى شمول العمومات له لأن الإقرار إخبار جازم عن حق لازم سابق على وقت الصيغه فالتعليق ينافيه، لانتفاء الجزم فى المعلق، إلا أن يقصد فى التعليق على مشيئه الله التبرك فلا يضر.

و قد يشكل البطلان فى التعليق على غير مشيئه الله تعالى بأن الصيغه قبل التعليق تامه الإفاده لمقصود الإقرار, فيكون التعليق بعدها كتعقيبه بما ينافيه فينبغى أن يلغو المنافى, لا- أن يبطل الإقرار. و الاعتذار بكون الكلام كالجمله الواحده لا يتم إلا بآخره, فأن تعقيب الإقرار بالتعليق ليس فى معنى كلامين مستقلين. بل المجموع كلام واحد و لذلك يؤثر التعليق على الكلام. مدفوع بأن هذا الاعتذار بعينه وارد فى جميع صور تعقيب الإقرار بالمنافى. فكما أن الفقهاء فى تلك الموارد يحكمون بصحه الإقرار و إلغاء التعقيب, كذلك يجب أن يحكموا فيما نحن فيه بإلغاء التعقيب من غير فرق.

و فيه: بالفرق بين المقامين فأن المراد بالمنافى الذى لا يسمع فى كلام الفقهاء هو ما وقع بعد تمام الصيغه جامعه, لشرائط الصحه, و هنا ليس كذلك لأن من جمله الشرائط التنجيز و هو غير متحقق بالتعليق فتلغو الصيغه.

حصيله البحث:

حقيقه الاقرار: هو اخبار الشخص عن حق ثابت عليه او نفى حق له على غيره و اقرار العقلاء على انفسهم نافذ كما و ان من ملك شيئاً ملك الاقرار به, و صيغته: له عندى كذا أو هذا له أو له فى ذمتى, كذا و شبهه و يكفى فيها ما كان له دلالة عرفيه حتى أنه لو ادعى بعد ذلك إرادته خلاف ما يفهم

ص: ١٥٨

منه لا يقبل منه, و لو علّقه بالمشيئه بطل إن اتّصل إلّا أن يقصد في التعليق على مشيئه الله التبرك فلا يضر.

و يصحّ بالعربيّه و غيرها

(و يصحّ بالعربيّه و غيرها)

للعوم, و في المبسوط: «لو أقرّ عربي بالعجميّه أو بالعكس فان كان عالما بمعنى قوله لزمه إقراره، فإن قال: قلت و لم أعرف معناه، فان صدّقه المقرّ له لم يلزمه، و إن كذّبه فالقول قول المقرّ مع يمينه» قلت: لحجيه الظهور إلّا اذا ثبت انه لا يعرف معناه, و قيل: يقبل قوله في عدم العلم، إن أمكن في حقه، عملا بالظاهر من كونه غير عارف باللغه, و الأصل من عدم تجدد العلم بغير لغته .

و فيه: ان الظاهر المذكور لاحجيه فيه و هو مجرد احتمال لا يمنع من حجيه الظهور كما و ان حجيه الظهور مقدمه على الاصل .

(و لو علّقه بشهادته الغير فقال: ان شهد لك فلان فهو صادق فالأقرب البطلان) و إنما لم يؤثر هذا (لجواز أن يعتقد استحاله صدقه لاستحاله شهادته عنده عليه) و حيث ان مثل هذا في محاورات العوام كثير، يقول أحدهم: إن شهد فلان أنى لست لأبى فهو صادق، و لا يريد منه إلّا أنه لا تصدر عنه الشهاده، للقطع بعدم تصديقه إياه على كونه ليس لأبيه، و غايته

قيام الاحتمال و هو كاف فى عدم اللزوم و عدم صراحه الصيغه فى المطلوب، و عليه فأصالة براءه الذمه هى المحكمه .

حصيله البحث:

و يصحّ بالعربيّه و غيرها فلو أقرّ عربى بالعجميّة أو بالعكس فان كان عالما بمعنى قوله لزمه إقراره، فإن قال: قلت و لم أعرف معناه، فان صدّقه المقرّ له لم يلزمه، و إن كذّبه فالقول قول المقرّ مع يمينه، و لو علّقه بشهاده الغير أو قال: إذا شهد لك فلانّ فهو صادق، فالأقرب البطلان، لجواز أن يعتقد استحاله صدقه لاستحاله شهادته عنده.

و لا بدّ من كون المقرّ كاملا خاليا من الحجر

(و لا بدّ من كون المقرّ كاملا)

بالبلوغ و العقل اما المجنون - سواء كان مطبقا أو أدواريا حال دوره - فلا يصح منه لعدم المقتضى لحجيته .

و اما الصبى فلا- يقبل إقرار فى ما لا يصح به إنشاؤه، و اما لو كان بإذن وليه فيبتنى قبول اقراره على صحه انشائه باذن الولى و عدمه فان صح كما هو المختار قبل اقراره لعدم المانع و الا فلا .

قال فى الجواهر: «و أما لو أقرّ بماله أن يفعله كالوصيه بالمعروف التى قد عرفت الحال فى جوازها منه فى محله صح على ما صرح به غير واحد،

ص: ١٦٠

لقاعده من ملك شيئاً ملك الإقرار به التي طفحت بها عباراتهم، بل صريح بعضهم أنه لا خلاف فيها عندهم»(١).

(خاليا من الحجر للشفه)

و ذلك لان السفيه ممنوع من كل تصرف مالى كما تقدم .

و كذلك لا يقبل إقراره فى حال التفليس بعين و ذلك لتعلق حق الغرماء به نعم يصح اقراره بدين و لكن يتعلق المال المقر به بذمته و لا يشارك الغرماء المقر له .

و كذلك لا يقبل عندنا إقرار المملوك و إن كان بالغاً عاقلاً بمال و لا حد و لا جنايه توجب أرشاً أو قصاصاً لان اقراره فى حق الغير لا على نفسه و ظاهر السرائر و قضاء المبسوط الإجماع على أنه لا يقبل إقراره بعقوبه و لا مال(٢).

(و إقرار المريض من الثلث مع التهمه و الأ فمن الأصل)

لصحيح ابن مسكان و هو من اصحاب الاجماع عن العلاء ببيع السابري: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأه استودعت رجلاً مالا فلما حضرها الموت قالت له: إن المال الذى دفعته إليك لفلانته و ماتت المرأه فأتى أولياؤها

ص: ١٦١

١- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٥، ص: ١٠٤

٢- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٥، ص: ١٠٧

الرَّجُل، فقالوا له: إِنَّه كان لصاحبتنا مال لا نراه إلَّا عندك، فاحلف لنا ما قبلك شىء، أفيحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونه عنده فيحلف لهم و إن كانت متهمة فلا- يحلف، و يضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه»(١). و صحيح منصور بن حازم: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً، فقال: إن كان الميت مرضياً فأعطه الذى أوصى له»(٢). و موثق أبى أيوب عنه (عليه السلام) (٣).

و صحيح محمد بن عبد الجبار: «كتبت إلى العسكرى (عليه السلام): امرأه أوصت إلى رجل و أقرت له بدين ثمانية آلاف درهم و كذلك ما كان لها من متاع البيت- إلى- فرأيتك- أدام الله عزك- فى مسأله الفقهاء قبلك عن هذا و تعريفنا ذلك لنعمل به إن شاء الله، فكتب (عليه السلام) بخطه: إن كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين من رأس المال إن شاء الله، و إن لم يكن الدين حقاً أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أو لم يكف»(٤).

و على هذا التفصيل تحمل المطلقات بمقتضى حمل المطلق على المقيد مثل صحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام) قلت له: الرجل يقرّ لوارث بدين، فقال: يجوز إذا كان مليئاً»(٥) و صحيح أبى ولاد، عنه عليه السلام: سألته عن

ص: ١٦٢

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٧
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٥٩ ح ٢
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٣
- ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦١ ح ٩
- ٥- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤١

رجل مريض أقرّ عند الموت لوارث بدين له عليه، قال: يجوز ذلك، قلت: فإن أوصى لوارث بشىء؟ قال: جائز» (١).

و أما موثق سماعه: «سألته عمّن أقرّ للورثه بدين عليه و هو مريض، قال: يجوز عليه ما أقرّ به إذا كان قليلاً» (٢).

و صحيح إسماعيل بن جابر: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أقرّ لوارث له و هو مريض بدين عليه قال: يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث» (٣) فمحمولان على اتّهام الميت، و ذلك لصحيح ابن مسكان المتقدم .

حصيله البحث:

لا- بدّ من كون المقرّ كاملاً بالبلوغ و العقل فلا يصح اقرار المجنون سواء كان مطبقاً أو أدوارياً حال دوره و كذلك الصبي فلا يقبل إقرار فى ما لا يصح به إنشأؤه، و اما لو كان بإذن وليه فيبتنى قبول اقراره على صحه انشائه باذن الولي و عدمه فان صح كما هو المختار قبل اقراره لعدم المانع و الآ فلا.

و ان يكون المقرّ خالياً من الحجر للسيفه فلا يقبل اقرار السفیه و كذلك لا يقبل إقرار المقرّ فى حال التفليس بعين و ذلك لتعلق حق الغرماء به نعم يصح اقراره بدين و لكن يتعلق المال المقر به بذمته و لا يشارك الغرماء

ص: ١٦٣

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤٢

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٤

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٥

المقر له، و كذلك لا- يقبل عندنا إقرار المملوك و إن كان بالغاً عاقلاً- بمال و لا حد و لا جنايه توجب أرشاً أو قصاصاً لان اقراره فى حق الغير لا على نفسه، و إقرار المريض من الثلث مع التهمه و إلا فمن الأصل.

و إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف فى البلد

(و إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف فى البلد، فان تعدد عيّن المقر ما لم يغلب أحدها فيحمل على الغالب) و ذلك لانصراف الالفاظ عرفاً الى ما قاله المصنف .

و لو أقر بلفظ مبهم صحّ

(و لو أقر بلفظ مبهم صحّ و الزم تفسيره كالمال و الشىء و الجزيل و العظيم و الحقيق، و لا بدّ من كونه ممّا يتمول) عرفاً (لا كقشر جوزة أو حبه دخن(1)) تحكيما للظهورات العرفيه، و قيل: يقبل بذلك، لأنه مملوك شرعاً، و الحقيقه الشرعيه مقدمه على العرفيه، و لتحريم أخذه بغير إذن مالكة، و وجوب رده. و فيه: أن الملك لا يستلزم إطلاق اسم المال شرعاً لانه اعم، و العرف يأباه.

(و لا فرق بين قوله عظيم أو كثير) تحكيما للظهورات العرفيه .

ص: ١٦٤

١- الدخن بضم الدال: نبات حبه صغير أملس. الواحده: دخنه.

قال في الخلاف: «إذا قال له: عندي مال، جليل أو عظيم أو نفيس أو خطير لم يتقدّر ذلك بمقدار، و أيّ مقدار فسّره به كان مقبولاً قليلاً كان أو كثيراً، و به قال الشافعيّ، و إن قال: «له عندي مال كثير» فإنّه يكون إقراراً بثمانين على الرواية التي تضمّنت بأنّ الوصية بالمال الكثير وصية بثمانين، و لم يعرف تفسير كثير بما قلناه أحد من الفقهاء...»(١).

وفيه: ان الرواية تضمّنت النذر بالمال الكثير لا- الوصية و هي ما عن عليّ بن إبراهيم، عن بعض أصحابه ذكره «قال: لما سمّ المتوكّل نذر إن عوفى أن يتصدّق بمال كثير فلما عوفى سأل الفقهاء عن حدّ المال الكثير، فاختلفوا عليه فقال بعضهم: مائة ألف، و قال بعضهم: عشرة آلاف- إلى- قال: إنّه بعث جعفر بن محمود إلى الهادي (عليه السلام) و سأله، فقال عليه السّلام: الكثير ثمانون، فقال له جعفر: يا سيدي إنّه يسألني عن العلّة، فقال عليه السّلام: إنّ الله عزّ و جلّ يقول {لَقَدْ نَصَّيْكُمْ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ} فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين»(٢).

ثمّ النذر أو الوصية يصحّان بالكثير و إن لم يعلم الناظر و الموصى معنى الكثير فيحمل على ذاك المعنى اذا لم يرد بذلك المعنى العرفي و بذلك افتى الكليني و الفقيه(٣) و الخلاف و ابن حمزه، و أمّا المقرّ فان علم أنّه

ص: ١٦٥

١- الخلاف اول كتاب الاقرار

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤٦٤ باب النوادر

٣- الفقيه ج ٤ ص ٢٠٦ باب الوصية بالشيء من المال و السهم و الجزء و الكثير .

يتكلم بالمعنى الشرعى يؤخذ به وإلا فليرجع إليه فى تفسيره لو اراد بذلك المعنى العرفى .

و لو قال له على أكثر من مال فلان لزمه بقدره

(و لو قال له على أكثر من مال فلان لزمه بقدره و زياده و لو فسر به بدونه و ادعى ظن القله حلف)

لأصالة عدم علم المقر بكمية مال ذلك الشخص الواقعيه مع ظهور أن المال من شأنه أن يخفى .

(و فسر بما ظنه) و زاد على كميته مال الشخص الذى ظنه ألف دينار مثلا زياده على ما ظنه، لمكان قوله: له على أكثر من مال فلان، هذا مع إمكان الجهل به فى حقه.

و الاصل فى هذا الفرع المبسوط و زاد: «و إن قامت البيئه أيضا على قدر ماله، قال: فقد يملك الرجل مالا كثيرا فى الباطن و يعتقد فيه أنه قليل المال، فدعواه و شهادته شاهدين يجريان مجرى واحدا».

حكم ما لو قال «له على كذا درهم» بالحركات الثلاث

(و لو قال: «له على كذا درهم» بالحركات الثلاث أو الوقف فواحد)

اي لزمه درهم واحد على كل التقادير عند المصنف, و وجهه لاشتراكه بين الواحد فما زاد وضعا فيحمل على الأقل, لأنه المتيقن إذا لم يفسره بأزيد, فإن "كذا" كناية عن "الشيء". فمع الرفع يكون الدرهم بدلا منه, و التقدير: "شيء درهم". و مع النصب يكون تمييزا له, و أجاز بعض أهل العربية نصبه على القطع فيكون نصبه بتقدير فعل أي أعنى درهما. و مع الجر تقدر الإضافة بيانه فيكون المضاف إليه بيانا للمضاف كخاتم فضه, و خص المبسوط الدرهم الواحد للرفع و النصب دون الجر فقال: «فان قال: «له عليّ كذا درهما» لزمه درهم واحد, لأنه أخرجه مخرج التفسير(١) فكان تفسيراً لكذا, و إن قال: «درهم» بالرفع لزمه درهم واحد, و معناه كذا هو درهم أي الذي أقرّ به درهم, و إن قال: «درهم» بالكسر(٢) لزمه أقلّ من درهم فبأي قدر فسره قبل منه لأنه يحتمل أن يريد بعض درهم, لأنّ «كذا» عبارته عن البعض و عن الجملة» ثمّ قال: «و في الناس من قال: يلزمه درهم واحد, و الأصحّ الأوّل للاحتمال»(٣).

قلت: و لا يخفى قوه كلام الشيخ, و مثل الجر الوقف أيضا لاحتماله الجرّ .

(و كذا كذا درهما, و كذا و كذا درهما كذلك)

اي في حمله على الدرهم مع الحركات الثلاث, و الوقف, لاحتمال كون "كذا" الثاني تأكيدا للأول في الأول, و الحكم في الإعراب ما سلف, و في

ص: ١٦٧

- ١- مراده من التفسير التمييز .
- ٢- مراده من الكسر الجرّ .
- ٣- المبسوط كتاب الاقرار .

الوقف ينزل على أقل الاحتمالات، و لاحتتمال كون " كذا" الاول شيئاً مبهماً، و كذا" الثاني في قوله: " كذا و كذا" معطوفاً على الاول، و ميّزا بدرهم على تقدير النصب، و أبداً منه على تقدير الرفع، و يُيّننا معاً بالدرهم مع الجر. و نُزّل على أحدهما مع الوقف، أو أضيف الجزء إلى جزء الدرهم في الجر على ما اختاره الشيخ و قويناه، و حمل الوقف عليه أيضاً.

(و لو فسر في الجر) من الأقسام الثلاثة (ببعض درهم جاز) لإمكانه وضعاً بجعل الشيء المراد بـ " كذا" و ما ألحق به من صور التكرار أو العطف كنايةً عن الجزء.

اقول: أن قبول تفسيره به يقتضى صحته بحسب الوضع، فكيف يحمل مع الإطلاق على ما هو أكثر منه مع إمكان الأقل، فالحمل عليه مطلقاً أقوى.

(و قيل) و القائل به الشيخ و جماعه(١) (يتبع في ذلك موازنه(٢) من الأعداد)

جعلاً لكذا كناية عن العدد، لا عن الشيء فيكون الدرهم في جميع أحواله تمييزاً لذلك العدد، فينظر إلى ما يناسبه بحسب ما تقتضيه قواعد العربية من إعراب المميز للعدد و يحمل عليه.

ص: ١٦٨

١- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط - كلاتر)، ج ٦، ص: ٣٩٨

٢- أى تحمل الصور المتقدمه على نظيرتها من الأعداد المميزه، فيكون « كذا» كناية عن العدد. فقول القائل: كذا درهماً يحمل على العشرين، لأنه أقل عدد مفرد يكون مميزه مفرداً منصوباً، و هكذا .

(و انما يمكن هذا مع الاطلاع على القصد)

أى على قصد المقر و أنه أراد ما ادعاه الشيخ، أو كون المقر مقيدا بالاستعمال على القواعد النحويّه .

(و لو قال: «على عليك ألف» فقال: نعم أو أجل أو بلى أو أنا مقرّبه لزمه)

لأنّ كلا منها دالّ بالدلاله العرفيه فى زماننا هذا على الإقرار و إن كان وقوع بلى فى الجواب استعمالا فى غير محلّه لانه لا يجىء إلّا بعد النفى لغه كقوله تعالى ﴿أَلَيْسَ هَذَا بِالْحَقِّ، قَالُوا بَلَىٰ وَ رَبَّنَا﴾ (١) و غيره من الايات .

(و لو قال زنه أو انتقده أو أنا مقرّ) و لم يقل: به (لم يكن شيئا)

قيل فى وجهه: اما الأولان فلانتفاء دلالتهما على الإقرار، لإمكان خروجهما مخرج الاستهزاء فإنه استعمال شائع فى العرف، و أما الأخير فلأنه مع تسليم انتفاء احتمال الوعد يحتمل كون المقر به المدعى و غيره، فإنه لو وصل به قوله " بالشهادتين " أو " ببطلان دعواك " لم يختل اللفظ لأن المقر به غير مذکور، فجاز تقديره بما يطابق المدعى و غيره معتصدا بأصالة البراءة.

اقول: لا- يخفى ان الملا-ك هو الظهور العرفى فكل كلام له ظهور عرفا فهو حجه و كل كلام لا ظهور له لا حجه فيه و عليه فالصحيح كفايتها و الأخير و إن لم يكن مثل قوله تعالى ﴿أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي﴾

ص: ١٦٩

قَالُوا: أَفَرَزْنَا؟} فى الصراحة لكن فيه دلالة ظاهره كما أنّ الأولين و إن احتمل صدورهما استهزاء إلّا أن الأصل عدمه إلّا مع القرينه.

(و لو قال: «أ ليس لى عليك كذا»؟ فقال: بلى كان إقراراً)

لأن بلى حرف يقتضى إبطال النفى لغه سواء كان مجرداً عن الاستفهام نحو {زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَ رَبِّي} (١) أم مقروناً بالاستفهام الحقيقى كمثال المصنف، أم التقريرى نحو { أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ قَالُوا بَلَىٰ} (٢).

(و كذا لو قال: نعم على الأقوى)

قيل: لقيامها مقام بلى لغه و عرفاً أمّا العرف فظاهر و أمّا اللغه فمنها قول النبى صلبى الله عليه و آله للأنصار «أ لستم ترون لهم ذلك، فقالوا: نعم» و قول بعضهم:

أ ليس الليل يجمع أم عمرو

و إيانا فذاك بنا تدانى

ص: ١٧٠

١- التغابن: الآية ٧

٢- الملك: الآية ٨

نعم و أرى الهلال كما تراه

و يعلوها النهار كما علاني(١)

و نقل في المغنى عن سيويه وقوع نعم في جواب «أ لست» و حكي عن جماعه من المتقدمين و المتأخرين جوازه .

فاجيب بانه: في العربيّه الصحيحه لا يقع إلّا «بلى» كما في آيات كثيره و به صرح في المبسوط و نقله عن الفقهاء فقال: «قالوا: لو قال في جواب «أ ليس لى عليك ألف»: «نعم» يكون معناه ليس لك على شىء و يكون إنكارا لا إقرارا»، و أمّا شعر جحدر «أ ليس اللّيل» فقال ابن عصفور: «نعم» فيه جواب لغير مذكور و هو ما قدّره في اعتقاده من أنّ اللّيل يجمعه و أمّ عمرو، أو هو جواب لقوله: «و أرى الهلال» و قدّمه عليه.

و أمّا الخبر فقال ابن عصفور: هو بالقرينه لأنّ النّبىّ صلّى الله عليه و آله علم أنهم يريدون نعم فعرف لهم ذلك» و حينئذ فإنّ استعمل في عرف المقرّ «نعم» بدل «بلى» لاختلاف الاستعمالات في الأعصار و الأمصار فذاك، و إلّا فنعم في مثله إنكار لا إقرار، و قد صرح المبرّد بعدم إتيان بلى بعد غير النفي، و سيويه لم ينقله عن العرب بل ذكره في مثال من كلامه و لم ينقل

ص: ١٧١

١- أنشد هذين البيتين جحدر بن مالك ضمن أبيات حين أمر به الحجاج إلى السجن. فقال لبعض من يريد الخروج إلى اليمامة: تحمل عنى شعرا، فأنشد الأبيات. و الشاهد في وقوع "نعم" إثباتا في جواب استفهام النفي.

عن جمع من المتقدمين و المتأخرين جوازه مطلقا، بل مع القرينه و لا كلام فيه(١).

حصيله البحث:

إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف في البلد و إن تعدد عين المقر ما لم يغلب فيحمل على الغالب، و لو أقر بلفظ مبهم صح و ألزم بتفسيره كالمال و الشئ و الجزيل و العظيم و الحقيق، و لا بد من كونه ممّا يتموّل لا كقشر جوزة أو حبه دخن، و لا فرق بين قوله عظيم أو كثير، و لو قال: له أكثر من مال فلان، و فسره بدونه و ادعى ظن القله حلف. و فسّر بما ظنه هذا مع إمكان الجهل به في حقه، و لو قال: له على كذا درهم بالحركات الثلاث أو الوقف لزمه درهم واحد للرفع و النصب دون الجرّ و الوقف فلو قال: «درهم» بالكسر او الوقف لزمه أقلّ من درهم فبأى قدر فسّره قبل منه لأنه يحتمل أن يريد بعض درهم، و كذا كذا درهماً، و لو قال: كذا و كذا درهماً لزمه درهم واحد للرفع و النصب و لزمه في الجرّ و الوقف بعض درهم لاحتتمال كون " كذا" الثاني تأكيدا للأول في الأول، و لاحتتمال كون " كذا" الاول شيئا مبهما، و قال الشيخ: يتبع في ذلك موازنه من الأعداد. قلت: يمكن هذا مع الاطلاع على القصد، و لو قال: لى عليك الف، فقال: نعم أو أجل أو بلى أو أنا مقرّ به، لزمه. و لو قال: زنه أو انقده أو أنا مقرّ صح ايضاً. و لو قال: أ ليس لى عليك كذا؟ فقال: بلى، كان إقراراً. و كذا نعم اذا

ص: ١٧٢

١- النجعه ج ١٠ كتاب الاقرار

استعملت «نعم» في عرف المقرّ بدل «بلى» و أَلَا إذا كان عرف المقر مطابقا للغة العرب فيؤخذ بما عليه اللغه من الانكار لا الاقرار .

(الفصل الثاني في تعقيب الإقرار بما ينافيه)

حكم الاستثناء المستوعب

(و المقبول منه الاستثناء إذا لم يستوعب المستثنى منه)

اقول: المقبول من الاستثناء إذا بقي الأكثر كما هو المتعارف قال أبو بكر الصّولّي في كتابه أدب الكاتب: «يكتبون لخمس عشره ليله خلت» و إن شاءوا كتبوا «للنصف من شهر كذا» و لا يكتبون «لخمس عشره ليله بقيت» قال: كرهوا ذلك لأنّه شبيه الاستثناء و لا يكون إلّا أقلّ ممّا استثنى منه، و لكن يكتبون بعد النّصف بيوم «لأربع عشره ليله بقيت».

و بعدم الجواز صرّح ابن درستويه كما نقله المبسوط، و بذلك يظهر ضعف ما في قيل: «إنّ المستثنى و المستثنى منه كالشيء الواحد فلا تتفاوت الحال بكثرتة و قلتة».

و أمّا استدلال المبسوط لجوازه بقوله تعالى {إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ} و قوله جلّ و علا عن إبليس {فَبِعِزَّتِكَ لأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ} قال «فاستثنى من الغاوين مرّه و من المخلصين اخرى و لا بدّ أنّ أحدهما أكثر»، و بقول الشاعر

أدوا التي نقصت تسعين من مائه

ثم ابعثوا حكما بالحق قوالا

فاجيب: بان الاول ليس بدليل على جواز استثناء السنين من مائه لأن الكثرة و القله غير معلومين من اللفظ بل من الخارج وقوعا و مصداقا و أما مفهومهما فيمكن أن يكون الغاؤون أكثر و يمكن أن يكون المخلصون أكثر.

و اما قول الشاعر ففيه: أنه ليس باستثناء اصطلاحى مع أنه من قبيل الأحجيه و لا حجيه فيه فهو كمن قال لآخر: كم صدت؟ فقال: عشرين إلّا تسعه عشر.

(و إذا اتصل بما جرت به العاده فمن الإثبات نفى و من النفى إثبات، فلو قال: له على مائه إلا تسعين» فهو إقرار بعشره و لو قال: إلا تسعون فهو إقرار بمائه)

و قيل فى وجه الفرق بينهما هو أن الأول فقط استثناء لأن فى الإيجاب ينصب المستثنى بالاً، و أما الثانى المرفوع فليس باستثناء بل وصف فكأنه قال «له على مائه الذى غير التسعين».

وفيه: انه غير مستعمل عرفا فهو وصف لغو يجلّ العاقل عن التكلم بمثله، نعم لو كان مثل قوله تعالى { لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا } من وصفه لجمع منكر أو مثل المنكر كقوله «قليل بها الأصوات إلّا بغامها» كان فى محلّه، نعم لو كان المقر نحويا فيكون مقرا بالمائه لكونه وصفا لا استثناء.

حكم ما لو قال ليس له عليّ مائه إلا تسعون

(و لو قال: ليس له عليّ مائه إلا تسعون فهو إقرار بتسعين)

و ذلك لأنّ المستثنى من المنفَى التامّ يكون مرفوعاً فلما رفع التسعين علم أنّه استثناء من المنفَى فيكون استثناء للتسعين بعد نفى المائه.

(و لو قال: ألا تسعين فليس مقرّاً)

قال الشهيد الثاني: «لأنّ نصب المستثنى دليل على كون المستثنى منه موجبا، و لما كان ظاهره النّفى حمل على أنّ حرف النّفى داخل على الجملة المثبته المشتمله على الاستثناء أعنى مجموع المستثنى و المستثنى منه و هي «له مائه إلا تسعين» فكأنّه قال المقدار الذى هو مائه إلا تسعين ليس له عليّ أعنى العشره الباقيه بعد الاستثناء كذا قرّره المصنّف فى شرح الإرشاد على نظير العبارة و غيره، و فيه نظر لأنّ ذلك لا يتمّ إلا مع امتناع النّصب على تقدير كون المستثنى منه منفيّاً تامّاً لكن النّصب جائز حينئذ اتّفاقاً و إن لم يبلغ رتبه الرفع (شهرة) قال ابن هشام: النّصب عربى جيد. فقد قرئ به فى السبع {ما فعلوه إلا قليلاً} (١) {و لا يلتفت منكم أحد إلا امرأتك} (٢) (٣).

ص: ١٧٥

١- النساء: الآية ٥٦

٢- هود: الآية ٨١

٣- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط - كلانتر)؛ ج ٦، ص: ٤١١

قلت: في مثل هذا يحمل على المتعارف فان كان فهو و أَلَّا فيؤخذ بالمقدار المتيقن من الكلام عرفا و ذلك لأصالة البراءة عما زاد .

حصيله البحث:

المقبول من الاستثناء بعد تعقيبه بما ينافيه هو إذا ما بقي الأكثر من المستثنى منه و أتصل بما جرت به العادة، فمن الإثبات نفى و من النفي إثبات فلو قال: له على مائة إلا تسعين، فهو إقرار بعشره. و كذا لو قال: إلا تسعون، فهو إقرار بعشره عرفا أَلَّا إذا كان المقر نحويا فيكون مقرا بالمائة لكونه وصفا لا استثناء. و لو قال: ليس له على مائة إلا تسعون، فهو إقرار بتسعين. و لو قال: إلا تسعين، فقليل: انه ليس مقراً. قلت: في مثل هذا يحمل على المتعارف فان كان فهو و أَلَّا فيؤخذ بالمقدار المتيقن من الكلام عرفا .

حكم ما لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف

(و لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف) و مثل له في المبسوط بقوله: «له على عشرة إلا ثلاثة و إلا اثنين» قال استثنى الثلاثة و الاثنين من العشرة .

(أو كان الثاني أزيد من الأول) كقولك: «له عشرة إلا واحدا إلا اثنين» (أو مساويا له) كقولك «له عشرة إلا واحدا إلا واحدا» (رجعا جميعا الى المستثنى منه)

ص: ١٧٦

و الوجه في ذلك: أما مع العطف فلوجوب اشتراك المعطوف و المعطوف عليه في الحكم فهما كالجمله الواحده، و لا فرق بين تكرر حرف الاستثناء و عدمه، و لا- بين زياده الثاني على الأول، و مساواته له، و نقصانه عنه. و أما مع زياده الثاني على الأول و مساواته بلا عطف فلاستلزام عوده إلى الأقرب الاستغراق و هو باطل فيصان كلام المقر عن الهذر بعودهما معا إلى المستثنى منه.

و فيه: إنما يصحّ في من علم تكلمه بالقواعد النحويّه، و في غيره يصحّ في قدر متيقّن يفهم منه العرف ذلك .

(و ألما رجع التالى إلى متلوّه) و مثل له الشيخ بقوله: «له عشره إلّا خمسّه إلّا اثنين» فقال: «كان إقرارا بسبعه» و وجه رجوعه الى متلوّه ظهوره عرفا لقربه، و عوده إليهما يوجب التناقض إذ المستثنى و المستثنى منه متخالفان نفيا و إثباتا، و استدلال المبسوط له بقوله تعالى {إِنَّا أَرْسَلْنَا إِلَى قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ إِلاَّ آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ إِلاَّ امْرَأَتَهَا} .

اقول: قد تقدم ان ذلك يصحّ في من علم تكلمه بالقواعد النحويّه، و في غيره يصحّ في قدر متيقّن يفهم منه العرف ذلك .

حصيله البحث:

و لو تعدّد الاستثناء و كان بعاطفٍ أو كان الثاني أزيد من الأول أو مساوياً له قيل: برجوعهما جميعاً إلى المستثنى منه و إلّا رجع التالى إلى متلوّه. قلت:

ص: ١٧٧

إنما يصح ذلك في من علم تكلمه بالقواعد النحويّة، و في غيره يصحّ في قدر متيقّن يفهم منه العرف ذلك.

حكم الاستثناء من غير الجنس

(و لو استثنى من غير الجنس) بأن قال: له على مائه درهم إلّا ثوبا (صحّ و أسقط) المستثنى باعتبار قيمته حسب المتفاهم العرفي (من المستثنى منه فإذا بقى منه بقيه لزمّت و إلّا بطل) الاستثناء للاستغراق (كما لو قال له على مائه إلّا ثوبا)

القول ببطلان الاستثناء و إلزامه بالمائه للإسكافيّ، و اختار المختلف بطلان تفسيره و مطالبته بتفسير آخر و الاقوى هو أنّ العرف إذا لم يفهم منه شىء فلا أثر له و ذلك لاحتمال انه ألغز في عدم شىء عليه كمن قال لآخر- و أراد أن يقول له بإقرارك- بإقرار ابن أخت خالتك.

حكم الاستثناء المستغرق

(و المستغرق باطل كما لو قال له على مائه إلّا مائه و كذا الإضراب بيل مثل له على مائه بل تسعون فيلزمه في الموضعين مائه))

عند المصنف و ذلك لبطلان الاستثناء المستغرق بالاتفاق . و فيه: ان الاستثناء المستغرق باطل اذا انعقد الظهور لصدر الكلام لا ما اذا لم ينعقد

ص: ١٧٨

كما فى المقام حيث أنّ الكلام واحد ولا يعلم أثر لأوّل كلامه فلا يعلم كون شىء عليه فى المثال الأوّل و أزيد من التسعين فى المثال الثانى .

حصيله البحث:

لو استثنى من غير الجنس كما لو قال: له علىّ مائه إلاً ثوباً صحّ و أسقط المستثنى من المستثنى منه فإذا بقى بقيه لزمّت و إلاً فقليل بالبطلان و الاقوى هو أنّ العرف إذا لم يفهم منه شىء فلا أثر له و ذلك لاحتمال انه ألغز فى عدم شىء عليه, و لو قال: له علىّ مائه إلاً مائه. او مائه بل تسعون، قيل: يلزمه فى الموضوعين مائه. قلت: الاستثناء المستغرق باطل اذا انعقد الظهور لصدر الكلام لا ما اذا لم ينعقد كما فى المقام حيث أنّ الكلام واحد ولا يعلم أثر لأوّل كلامه فلا يعلم كون شىء عليه فى المثال الأوّل و أزيد من التسعين فى المثال الثانى .

حكم ما لو قال له على عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه

(و لو قال: له على عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه ألزم بالعشرة)

و لا يلتفت إلى دعواه عدم قبض المبيع اذا لم يصدقه المقر له، للتنافى بين قوله: على، و كونه لم يقبض المبيع، لأن مقتضاه عدم استحقاق المطالبة بثمنه مع ثبوته فى الذمه، فإن البائع لا يستحق المطالبة بالثمن إلاً مع تسليم المبيع, و الوجه فى ذلك هو انه إقرار منضمّ إلى دعوى عين .

ص: ١٧٩

و اجيب: (بانه لما كان إقراره مقيداً لم يحمل على المطلق، و إنما يؤخذ بالمتيقن من الإقرار، نعم لو كان قوله الأخير منفصلاً لم يقبل، و بذلك قال المبسوط و القاضى، و المصنّف تبع الحلّى فقال: «لا فرق بينهما» أى كما لا يقبل المنفصل لا يقبل المتصل و هو بحكمه، و أمّا كونه إقراراً منضمّاً إلى دعوى عين فليس كذلك لأنه إقرار متفرّع على ذاك الدّعى فان سمعت سمع و إلّا فلا، و هذا نظير إقرارنا بنوّه موسى و عيسى و ادّعائنا نّبوه نبيّنا صلّى الله عليه و آله، فلا يصحّ إلزامنا بقبول إقرارنا دون دعوانا، فلو لم يقبل لم نكن مقرّين أصلاً، كما فى صحيح صفوان بن يحيى فى خبر يوحنا أبى قرّه صاحب الجاثليق مع الرّضا (عليه السلام) قال له عليه السّلام: «ما تقول فى فرقه ادّعت دعوى فشهدت لهم فرقه أخرى معدّلون قال: «الدّعى لهم» قال: «فادّعت فرقه أخرى فلم يجدوا شهوداً من غيرهم، قال: لا شىء لهم» قال: «فأنا ادّعينا أنّ عيسى روح الله و كلمته ألقاها إلى مريم فوافقنا على ذلك المسلمون، و ادّعى المسلمون أنّ محمّداً نبىّ فلم تتابعهم عليه، و ما أجمعنا عليه خير ممّا افترقنا فيه. فقال (عليه السلام) له: يا يوحنا إنّنا آمنّا بعيسى بن مريم روح الله و كلمته الذى كان يؤمن بمحمّد و يبشّر به و يقرّ على نفسه أنه عبد مربوب فان كان عيسى الذى هو عندك روح الله و كلمته ليس هو الذى آمن بمحمّد صلّى الله عليه و آله و بشّر به و لا هو الذى أقرّ لله بالعبوديّه و الرّبوبيّه فنحن منه براء فأين اجتمعنا؟ فقام و قال: ما أغنانا عن هذا المجلس...» (١)(٢).

ص: ١٨٠

١- عيون أخبار الرضا ج ٢ ص ٢٣٠ باب جواب الرضا عن سؤال صاحب الجاثليق .

٢- النجعه ج ١٠ كتاب الاقرار .

اقول: الإقراره المقيّد ينحل الى اقرار و ادعاء عرفا و عمومات الاقرار شامله له نعم يصح ما قال فى ما اذا صدقه المقر له و ادعى عليه طلبا اخر فلا يثبت طلبه بذلك الاقرار المقيّد, و اما صحيح صفوان فهو اجنبى عن المقام لانه لا يتضمن ادعاء حق للنصارى على المسلمين حتى يؤخذ به المسلمون و ان اقرارنا بدين المسيح لا يكون علينا حجه بعدم حجيه دين الاسلام و ذلك لان اقرارنا به كان متفرعا على اعتقادنا بدين الاسلام و هذا المعنى لا علاقه له بالحقوق .

(و كذا) يلزم بالعهده لو أقر بها ثم عقبه بكونها (من ثمن خمر أو خنزير) عند المصنف و ذلك لتعقبه الإقرار بما يقتضى سقوطه، لعدم صلاحية الخمر و الخنزير مبيعا يستحق به الثمن فى شرع الإسلام .

و لو قال له على قفيز حنطه بل قفيز شعير لزمناه

(و لو قال له على قفيز حنطه بل قفيز شعير لزمناه، و لو قال: له على قفيز حنطه بل قفيزان حنطه فعليه قفيزان. و لو قال: له هذا الدرهم بل هذا الدرهم فعليه الدرهمان، و لو قال: له هذا الدرهم بل درهم فواحد)

ذكر ذلك الشيخ و تبعه ابن زهره و الحلّى، اما المثال الاول فالثبوت الأول بإقراره، و الثانى بالإضراب، و اما الثانى فلاعترافه بالاكتر، و اما الثالث فلاعترافه فى الإضراب بدرهم آخر مع عدم سماع العدول، و اما الاخير فيلزمه درهم فواحد، لعدم تحقق المغايره بين المعين و المطلق لإمكان حمله عليه .

(و لو قال: هذه الدار لزيد بل لعمر و دفعت الى زيد)

عملا بمقتضى إقراره الأول (و غرم لعمر و قيمتها) لأنه قد حال بينه، و بين المقر به بإقراره الأول فيغرم له، للحيلولة الموجهه للغرم (ألا أن يصدقه زيد) في أنها لعمر و فتدفع إلى عمرو من غير غرم، و بذلك قال الشيخ في المبسوط و تبعه الحلبي، و اما قول الإسكافي «إن كان حيا سئل عن مراده و إن كان ميتا كان زيد و عمرو بمنزله متداعيين لشيء هو في يد غيرهما فمن أقام البيئه يستحقه فان لم يكن لهما بينه و حلف أحدهما و أبى الآخر كانت للحالف فإن حلفا جميعا جعلت بينهما» فلا شاهد له .

و لو أشهد بالبيع لزيد و قبض الثمن منه ثم ادعى الموطاه سمعت دعواه

(و لو أشهد بالبيع لزيد و قبض الثمن منه، ثم ادعى الموطاه سمعت دعواه و احلف المقر له)

الأصل فيه ما في الشرائع: «إذا أشهد بالبيع و قبض الثمن، ثم أنكر في ما بعد و ادعى أنه أشهد تبعا للعاده و لم يقبض قيل: لا يقبل لأنه مكذب لإقراره، و قيل: يقبل لأنه ادعى ما هو معتاد فيكون على المشتري اليمين».

قلت: و يضعف الاول بانه غير مكذب لإقراره حتى لا يصغى اليه بل يدعى انه كان موطأه، مضافا الى حديث لا ضرر بناءً على دلالة على نفى الحكم الضرري، و عليه فتسمع دعواه و تتوجه اليمين على المنكر .

هذا إذا كله شهدت البينه على إقراره بهما أما لو شهدت بالقبض لم يلتفت إليه لأنه مكذب لها طاعن فيها فلا يتوجه بدعواه يمين

حصيله البحث:

لو قال: له على عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه، ألزم بالعشيرة. وكذا لو ادعى كونها من ثمن خمير أو خنزير، ولو قال: له قفيز حنطه بل قفيز شعير لزمه. ولو قال: قفيز حنطه بل قفيزان حنطه، فعليه قفيزان. ولو قال: له هذا الدرهم بل هذا الدرهم، فعليه الدرهمان. ولو قال: له هذا الدرهم بل درهم، فواحد. ولو قال: هذه الدار لزيد بل لعمرو، دفعت إلى زيد و غرم لعمرو قيمتها إلا أن يصدقه زيد. ولو أشهد بالبيع وقبض الثمن ثم ادعى المواطأه سمعت دعواه وأحلف المقر له.

من احكام الاقرار

- ١- لا- يلزم الشخص باقراره الا اذا كان اخباره بثبوت الحق عليه او انتفائه عنه بنحو الجزم دون الاحتمال او الظن, و ذلك لقصور السيره عن الشمول الا لمثل ذلك. و لا أقل من الشك في الشمول، و هو كاف في اثبات المطلوب.
- ٢- لا- يكون الاقرار حجه الا بلحاظ الآثار التي هي في ضرر المقر دون الآثار التي هي في صالحه او التي هي مرتبطة بالغير و هو أجنبي عنها, و ذلك باعتبار ان الاقرار على النفس لا يصدق الا بلحاظ ذلك.

ص: ١٨٣

و منه يتضح لزوم التفكيك في كل اقرار بلحاظ آثاره فيلزم المقر بالآثار التي هي في ضرره دون غيرها، فلو أقر بابوه شخص له أُلزم بالانفاق عليه دون العكس.

٣- و لا- تختص حجيه الاقرار بما اذا كان بلفظ معين بل يكفي كل ما يدل عليه و لو بالاشارة او الدلاله الالتزاميه, و ذلك لإطلاق السيره العقلائيّه من هذه الناحيه.

٤- و لو قال لفلان على مال أُلزم بتوضيحه و ذلك باعتبار ان ذمه المقر لما ثبت اشتغالها بالمال بمقتضى الاقرار فمن اللازم تفرغها- على تقدير المطالبه- و هو لا يتحقق الا بذلك.

٥- و من ادعى زوجيه امرأه و صدّفته قبل ذلك منه. و لو انكرت ذلك و لم تكن له بينه أُلزم بترتيب ما عليه من الآثار, و ذلك لقاعده «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» الثابته بالسيره العقلائيّه.

و اما ان المرأه لو أنكرت أُلزم بترتيب الآثار التي هي عليه- كحرمة التزويج بأئمةا أو أختها- فباعتبار حجيه الاقرار على النفس.

و اما بقيه الآثار- كجواز النظر و نحوه- فحيث انها لا تدخل تحت القاعده المذكوره فتعود بلا مثبت.

نعم بالنسبه الى الانفاق بالخصوص يمكن ان يقال بعدم وجوبه لأنه مقابل التمكين- اذ مع عدمه تكون ناشزاً, و هي لا نفقه لها- المفروض عدمه.

لا يلزم الشخص باقراره ألما اذا كان اخباره بثبوت الحق عليه او انتفائه عنه بنحو الجزم دون الاحتمال او الظن, و لا يكون الاقرار حجة ألما بلحاظ الآثار التي هي في ضرر المقر دون الآثار التي هي في صالحه او التي هي مرتبطة بالغير و هو أجنبي عنها, و لا تختص حجيه الاقرار بما اذا كان بلفظ معين بل يكفي كل ما يدل عليه و لو بالاشارة او الدلالة الالتزاميه, و لو قال لفلان على مال ألزم بتوضيحه, و من ادعى زوجه امرأه و صدقته قبل ذلك منه. و لو انكرت ذلك و لم تكن له بينه ألزم بترتيب ما عليه من الآثار.

(الفصل الثالث فى الإقرار بالنسب)

شرائط المقر

(و يشترط فيه أهليه المقر) للإقرار ببلوغه و عقله كما تقدم .

(و إمكان إلحاق المقر به) بالمقر شرعا (فلو أقر بينوه المعروف نسبه) أو إخوته أو غيرهما مما يغير ذلك النسب الشرعى، (أو) أقر (بينوه من هو أعلى سنا) من المقر، (أو مساو) له، (أو أنقص) منه (بما لم تجر العاده بتولده منه بطل) الإقرار لأنه ليس بإقرار، بل ادعاء يكذبه العيان، و كذا المنفى عنه شرعا كولد الزنا و إن كان على فراشه، و ولد اللعان و إن كان الابن يرثه كما تقدم .

(و يشترط التصديق فيما عدا الولد الصغير و المجنون و الميِّت و عدم المنازع له) أى تصديق المقر به للمقر فى دعواه النسب و ذلك لان اقراره انما ينفذ على نفسه لا على الغير، و أما الثلاثة فلا يعتبر تصديقهم عند المصنف بل يثبت نسبهم بالنسبه إلى المقر بمجرد إقراره، لأن التصديق إنما يعتبر مع إمكانه و هو ممتنع منهم، و لاطلاق معتبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليّ ع قال: إذا أقرّ الرّجل بالولد ساعة لم ينتف منه أبداً^(١) فى خصوص الصبي .

و فيه: ان عدم اشتراط تصديق المقرّ به للمقرّ فى الولد الصغير و المجنون و الميِّت مع عدم المنازع إنّما يقبل من طرفه دون الصغير و المجنون و الميِّت لأنّ الإقرار إنّما هو بالنسبه إلى شخصه فلا يرث الصغير و المجنون لو كان لهما مال و لا يرث الميِّت، و الأصل فى ذكر ما قال المبسوط، مع أنّه قال فى الأخ الصغير مثل الولد الصغير، و التّحقيق: أنّ مثله ادّعاء لا إقرار، و بذلك يظهر ضعف ما عن النهايه «إذا أقرّ بولد فى صحّحه أو مرض الحق به صدّقه الولد أو كذّبه»، و اما معتبر السكوني فلا اطلاق له من جهه الصبي .

و يشترط فى نفوذ الإقرار مطلقا عدم المنازع

(و) يشترط أيضا فى نفوذ الإقرار مطلقا (عدم المنازع له) فى نسب المقر به (فلو تنازعا فيه اعتبرت البيئه) و حكم لمن شهدت له فإن فقدت فالقرعه،

ص: ١٨٦

١- التهذيب الجزء ٨ ص ١٨٣ باب لحوق الأولاد بالآباء الحديث ٦٣.

لأنها لكل أمر مجهول، هذا إذا اشتركا في الفراش بأن كانت زوجته كل منهما كلا في وقت و احتمال ولاده الولد زمن هذا أو ذاك، أو انتفى عنهما كواطي خاليه عن فراش لشبهه، فلو كانت فراشا لأحدهما، حكم له به خاصة، دون الآخر و إن صادقه الزوجان بأن ادعى الأجنبي كون الولد منه. فنازعه الزوج ابتداء ثم صدقه. و كذا الزوجه صدقته. فإن الولد للفراش بحكم الشرع. و لا أثر لإقرار الزوجين كون الولد لغير الفراش، لأنه بمعنى نفى الولد، و لا ينتفى الولد عن صاحبه إلّا بالملاعنه. و لو كانا زانيين انتفى عنهما، أو أحدهما فعنه.

و لو تصادق اثنان فصاعدا على نسب غير التولد صحّ

(و لو تصادق اثنان فصاعدا على نسب غير التولد صحّ) توارثهما لأنّ كلا- منهما أقرّ على نفسه (و توارثا و لم يتعدّهما) عند المصنف بدليل أنّه لم يكن إقرار منهم .

و فيه: ان لازم مقتضى التخصيص بغير التولد هو التعدّي في الولد الصغير مطلقا دون الكبير إلا مع التّصادق, مع عدم الفرق بينهما.

و لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه

(و لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه) بنسب المعترف به صغيراً عند المصنف تبعا للمبسوط، بدليل ثبوت النسب قبله فلا يزول بالإنكار اللاحق، و ليس له إحلاف المقر أيضا، لأن غايه القبول هو إجبار المقر على الرجوع عن

إقراره السابق، أو نكوله عن اليمين الموجهه إليه. و كلا الأمرين لا يؤثر بعد نفوذ إقراره الأول. حيث ان الرجوع بعد الإقرار لا أثر له شرعا، كما لا يسمع لو نفى النسب حينئذ صريحا .

وفيه: ما تقدم من أنّ الإقرار إنّما يصدق في حقه بوجوب نفقته و ميراثه منه أى من المقرّ، دون العكس، فالصغير إذا بلغ على أصاله العدم .

و اما ثبوت النسب قبله و انه لا يزول بالإنكار اللاحق. ففيه: انه صحيح من جهة المقر لا من جهة الصبي .

حصيله البحث:

يشترط في الاقرار أهلية المقرّ ببلوغه و عقله كما تقدم و إمكان إلحاق المقرّ به بالمقر شرعا فلو أقرّ ببنوّه المعروف بنسبه أو إخوته أو غيرهما مما يغير ذلك النسب الشرعى أو ببنوّه من هو أعلى سنّاً أو مساوياً أو أنقص بما لم تجر العاده بتولّده منه بطل، و كذا المنفى عنه شرعا كولد الزنا و إن كان على فراشه، و ولد اللعان و إن كان الابن يرثه كما تقدم، و يشترط التصديق فيما عدا الولد الصّغير و المجنون و الميّت و عدم المنازع بلا خلاف، و اما الولد الصّغير و المجنون و الميّت فالاقوى انه يقبل اقراره من طرفه دون الصغير و المجنون و الميّت لأنّ الإقرار إنّما هو بالنسبه إلى شخصه فلا يرث الصغير و المجنون لو كان لهما مال و لا- يرث الميّت. و اما لو تنازعا اعتبرت البيّنه و حكم لمن شهدت له فإن فقدت فالقرعه، هذا إذا اشتركا في الفراش بأن كانت زوجه كل منهما كلا في وقت و احتمال ولاده الولد زمن

ص: ١٨٨

هذا أو ذاك، أو انتفى عنهما كواطئ خاليه عن فراش لشبهه، فلو كانت فراشا لأحدهما، حكم له به خاصة، دون الآخر و إن صادقه الزوجان بأن ادعى الأجنبي كون الولد منه، فنازعه الزوج ابتداء ثم صدقه، و كذا الزوجه صدقته، فإن الولد للفراش بحكم الشرع. و لا أثر لإقرار الزوجين كون الولد لغير الفراش، و لا ينتفى الولد عن صاحبه إلا بالملاعنه. و لو كانا زانين انتفى عنهما، أو أحدهما فعنه، و لو تصادق اثنان على نسب صحّ و توارثا و تعدّاهما التوارث، قيل: و لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه و كذا المجنون بعد كماله، و الاقوى قبول انكارهما .

و لو أقرّ العمّ بأخ للميّت دفع إليه المال

(و لو أقرّ العم) المحكوم بكونه وارثا ظاهرا (بأخ للميّت وارث دفع إليه المال) لاعترافه بكونه أولى منه بالإرث .

(فلو أقرّ العم بعد ذلك بولد للميّت وارث و صدقه الأخ دفع إليه) أى إلى الولد (المال) لاعترافهما بكونه أولى منهما.

(و إن أكذبه) أى أكذب الأخ العم فى كون المقر به ثانيا ولدا للميّت (لم يدفع إليه) أى إلى الولد لاستحقاق الأخ المذكور باعتراف ذى اليد له و هو العم لأنه كان ذا اليد قبل اعترافه بالأخ المذكور. فأقراره حينذاك فى حق الأخ كان نافذا، لأنه إقرار على نفسه و لم تعلم أولويه الولد الذى أقر به العم، لأن العم حينئذ خارج حيث زالت يده بعد إقراره بالأخ المذكور فلا يقبل إقراره فى حق الأخ (و غرم العم له) أى لمن اعترف بكونه ولدا (ما

دفع إلى الأخ) من المال، لإتلافه له بإقراره الأول مع مباشرته لدفع المال، و نبه المصنف بقوله: غرم ما دفع، على أنه لو لم يدفع إليه لم يغرم بمجرد إقراره بكونه أخا لأن ذلك لا يستلزم كونه وارثا، بل هو أعم و إنما يضمن لو دفع إليه المال لمباشرته إتلافه حينئذ. كل بمقتضى القواعد .

لو أقرت الزوجه بولد فصدقها الإخوه أخذ الولد المال

(و لو أقرت الزوجه بولد) للزوج المتوفى، و وارثه ظاهرا إخوته (فصدقها الإخوه) على الولد (أخذ الولد المال) الذى بيد الإخوه أجمع، و نصف ما فى يدها لأنها كانت قد أخذت ربع التركة، ثم بعد اعترافها بالولد للميت استحقت ثمن التركة فيجب عليها رد نصف ما فى يدها إلى الولد، لاعترافهم باستحقاقه ذلك.

(و ان أكذبوها دفعت اليه) ما بيدها زائدا عن نصيبها على تقدير الولد (و هو الثمن) لأن بيدها ربعا نصيبها على تقدير عدم الولد، فتدفع إلى الولد نصفه هذا ما اختاره المصنف، و الاقوى أن تدفع إليه سبعة أثمان ما فى يدها، تنزيلا للإقرار على الإشاعه لان ما فى يدها مال مشترك لكل الوراث و لم يفرز و عليه فيستحق فى كل شىء سبعة أثمانه بمقتضى إقرارها، و بذلك صرح الشيخ فى الخلاف و نسبه الى اصحابنا فقال: «إذا مات رجل و له ابنان فأقر أحدهما بأخ ثالث و أنكره الآخر لا خلاف أنه لا يثبت نسبه، و إنما الخلاف فى أنه يشاركه فى المال أم لا؟ فعندنا أنه يشاركه و يلزمه أن يردّ عليه ثلث ما فى يده، و به قال مالك و ابن أبى ليلى، و قال أبو حنيفة:

يشاركه بالنصف ممّا في يده لأنّه يقرّ أنّه يستحقّ من المال مثل ما يستحقّه فيجب أن يقاسمه المال، - إلخ»(١).

(و لو انعكس الفرض) بأن اعترف الإخوه بالولد دونها (دفعوا إليه) جميع ما بأيديهم (ثلاثة الأرباع) و ذلك أنّ الزوجه لا تدفع شيئاً من الرّبع لإنكارها الولد و إنّما يدفع الاخوه ثلاثة الأرباع لإقرارهم به.

و لو أقرّ الولد بآخر دفع إليه النصف

(و لو أقرّ الولد بآخر دفع إليه النصف) أي بولد مثله ذكوريّه و إناثاً لأن ذلك هو لازم إرث الولدين المتساويين ذكوريه و أنوثيه .

(فإن أقرأ) معا (بثالث دفعا إليه الثلث) أي دفع كل واحد منهما ثلث ما بيده لما تقدم، و على هذا لو أقر الثلاثة برابع دفع إليه كل منهم ربع ما بيده.

(و مع عداله اثنين) من الورثه المقربين (يثبت النسب و الميراث) لأن النسب إنما يثبت بشاهدين عدلين، و الميراث لازم النسب، و افتى في المبسوطين بثبوت النسب بشهاده رجل و امرأتين، و هو الاقوى كما تقدم في كتاب الشهادات(٢).

ص: ١٩١

١- الخلاف مسأله ٢٩ من مسائل إقراره

٢- الدرر الفقيهيه في شرح اللمعه دمشقيه ج ٨ ٣٩٢

(وإلّا) يكن عدلان من الرجال او رجل و امرأتان على المختار (فالميراث حسب) لأنه لا- يتوقف على العدالة بل يكفي فيه الاعتراف .

و لو أقرّ بزواج للميتة أعطاه النصف

(و لو أقرّ بزواج للميتة أعطاه النصف) لأن نصيب الزوج مع عدم الولد النصف (ان كان غير ولدها و إلّا) يكن كذلك بأن كان المقر ولدها (فالربع) لأنه نصيب الزوج معه .

(و إن أقر) ذلك المقر بالزوج ولدا كان أم غيره (بآخر و أكذب نفسه في) الزوج (الأول أغرم له) أى للآخر الذى اعترف به ثانياً، لإتلافه نصيبه بإقراره الأول مع مباشره التسليم، (و إلّا) يكذب نفسه (فلا شىء عليه) عند المصنف لأن الإقرار بزواج ثان إقرار بأمر ممتنع شرعاً فلا يترتب عليه أثر.

و فيه: ما قاله الشهيد الثانى من ان الأقوى أنه يغرم للثانى مطلقاً مع مباشره تسليم المال للاول لأصالة صحه إقرار العقلاء على أنفسهم مع إمكان كونه هو الزوج، و أنه ظنه الأول فأقر به ثم تبين خلافه، و إلغاء الإقرار فى حق المقر مع إمكان صحته مناف للقواعد الشرعيه(١).

ص: ١٩٢

١- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط- كلاتر)، ج ٦، ص: ٤٣٤

هذا وقال الشهيد الثاني: «نعم لو أظهر لكلامه تأويلا- ممكنا في حقه كتزوجه إياها في عده الأول فظن أنه يرثها زوجان فقد استقرب المصنف في الدروس القبول، و هو متجه»(1).

اقول: هذا الاستدراك اما ان يكون متصلا بالكلام فكما قال و اما ان يكون منفصلا عنه فلا يقبل منه لانه من مصاديق الانكار بعد الاقرار و توجيهه مجرد ادعاء لا يقبل الا بدليل .

(و لو أقر بزوجه للميت فالربع) إن كان المقر غير الولد (أو الثمن) إن كان المقر الولد .

(فإن أقر) الوارث (بأخرى و صدقته الاولى اقتساما) الربع على تقدير عدم الولد، و الثمن على تقدير الولد.

(و ان اكذبها غرم المقر نصيبها) و هو نصف ما غرم للأولى إن كان باشر تسليمها كما تقدم، و إلا فلا.

حصيله البحث:

لو أقر العم بأخ دفع إليه المال فلو أقر العم بعد ذلك بولد و صدقه الأخ دفع إليه المال و إن أكذبه لم يدفع إليه و أغرم العم له ما دفع إلى الأخ. و لو أقرت الزوجه بولد فصدقها الإخوه أخذ المال و إن أكذبوها دفعت إليه

ص: ١٩٣

سبعة أثمان ما فى يدها، و لو انعكس الفرض دفعوا إليه ثلاثة الأرباع، و لو أقرّ الولد بآخر دفع إليه النّصف، فإن أقرّا بثالثٍ دفعا إليه الثلث و على هذا و مع عداله اثنين يثبت النّسب و الميراث، و يثبت أيضا بشهاده رجل و امرأتين و إلّا فالميراث حسب، و لو أقرّ بزوجه للميتة أعطاه النّصف إن كان المقرّ غير ولدها و إلّا فالرّبع، و إن أقرّ بآخر و أكذب نفسه فى الأوّل أغرم له و إلّا قيل: لا شىء عليه، و الأقوى أنه يغرم للثانى أيضا مع مباشره تسليم المال للاول .

(و هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا)

الغضب: لغه أخذ الشىء ظلما، كما فى القاموس وغيره قال فى الأول: «غصبه يغصبه: أخذه ظلما كاعتصب، و فلانا على الشىء: قهره» و فى الصحاح «الغضب: أخذ الشىء ظلما، تقول: غصبه منه و غصبه عليه بمعنى، الاغتصاب مثله، و الشىء غصب و مغصوب» نعم فى الإسعاد لبعض الشافعيه زياده «جهارا» لتخرج السرقة و نحوها، و عن ابن الأثير أنه أخذ مال الغير ظلما و عدوانا(1) و بهذا المعنى يعنى أخذ الشىء قهرا رغم أنف صاحبه ورد شرعا، و إليه يرجع تعريف المصنف و عليه فلا ينحصر الغضب بالاستيلاء على مال الغير عدواناً فقط بل يشمل الاستيلاء على حق الغير عدوانا ايضاً .

و عليه: (فلو منعه من سكنى داره أو من إمساك دابته فليس بغاصب)

لأنه لم يستول عليه، نعم لا يلزم من عدم الغضب عدم الضمان لو حصل سببه .

ص: ١٩٦

(و لو سكن معه قهراً فهو غاصب للنصف) لاستقلال الغاصب بالنصف، هذا إذا شاركه في سكنى البيت على الإشاعه من غير اختصاص بموضع معين، أما لو اختص بمعين اختص بضمانه .

(و لو انعكس بأن ضعف الساكن) الداخل على المالك عن مقاومته و لكن لم يمنعه المالك مع قدرته (ضمن) الساكن (أجره ما سكن) لاستيفائه منفعته بغير إذن مالكة.

(قيل) و القائل المحقق و العلامه و جماعه (١) (و لا يضمن الساكن العين) لعدم صدق الغصب لعدم تحقق الاستقلال باليد على العين الذى لا يتحقق الغصب بدونه.

و فيه: أنه بعد سكوت المالك و عدم دفعه يصدق أنه مستقل بإثبات اليد على التصف و هل إقدار الله على منع الناس عن عصيانه و تركه لهم يخرجهم من كونهم عاصين؟ و عليه فهو ضامن للعين.

حصيله البحث:

الغصب: هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً او بالاستيلاء على حق الغير عدواناً. فلو منعه من سكنى داره أو إمساك دابته المرسله فليس بغاصب نعم قد يكون ضامناً اذا حصلت اسباب الضمان، و لو سكن معه

ص: ١٩٧

قهرًا فهو غاصبٌ للنَّصفِ إذا شاركه في سكنى البيت على الإشاعه من غير اختصاص بموضع معين، أما لو اختص بمعين اختص بضمانه، و لو ضعف السَّاكن ضمن أجره ما سكن قيل: و لا يضمن العين, و الأقوى ضمانها.

و سحب مقود الدَّابَّة غصب للدَّابَّة

(و مدَّ مقود) أى سحب جبل (الدَّابَّة غصب للدَّابَّة للاستيلاء عليها عدوانا (إلَّا أن يكون صاحبها راكبا) عليها (قويا) على دفع القائد (مستيقظا) حاله القود غير نائم فلا- يتحقق الغصب حينئذ لعدم الاستيلاء, ذكر ذلك المبسوط لكنَّه أطلق كون صاحبها عليها، و الظاهر كون التقييد مراده .

و غصب الحامل غصب للحمل

(و غصب الحامل غصب للحمل)

لأنه مغصوب كالحامل، و الاستقلال باليد عليه حاصل بالتبعيه لأمه .

(و لو تبعها) أى تبع الدابته (الولد فى ضمان الولد قولان)

مأخذهما عدم إثبات اليد عليه؛ و أنه سبب قوى و لو لم يكن غصبه بالقصد و عليه فلا وجه للقول بالعدم, و الأقوى الضمان و هو الذى قرَّبه المصنف فى الدروس.

(و الأيدي المتعاقبه على المغصوب أيدي ضمان فيتخير المالك في تضمين من شاء منهم أو تضمين الجميع) سواء علموا أم جهلوا على المشهور لتحقق التصرف في مال الغير بغير إذنه لعموم ادله الضمان، و يشهد له صحيح الحسين بن ابى العلاء عن أبى عمار السراج عن الصادق (عليه السلام) «في الرجل يوجد عنده السرقة، فقال: هو غارم، إذا لم يأت على بائعها شهودا» (١)، نعم لا إثم على الجاهل بالغصب (و يرجع الجاهل منهم بالغصب على من غره) كما افتى بذلك ابن إدريس فقال: «هو ضامن على شرائها بينه أو لا بلا خلاف» و هو المشهور بين المتأخرين لقاعده الغرور المتقدمه إلا ان الاقوى هو رجوع المالك الى السارق لا المشتري الجاهل بالغصب و ذلك لقاعده نفى الوزر المتقدمه في كتاب البيع و بذلك افتى الشيخ في النهايه فقال: «من وجد عنده سرقة كان ضامنا لها، إلا أن يأتي على شرائها بينه» و هو المفهوم من الكافي حيث اعتمد الصحيح المتقدم (٢) الدال على عدم الغرم اذا اتى بالبينه على شراءها و السراج و ان كان مهملا إلا ان الخبر موافق للقران قال تعالى {ولا تزر وازره وزر اخرى} .

ص: ١٩٩

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ٢٣٧ باب ٢١ ح ٥٨؛ ورواه ايضا في ٤٥ من باب الغرر و المجازفه و شراء السرقة عن أبى عمرو السراج، و رواه الكافي عن أبى عمر السراج، و لا اثر لهذا الاختلاف فالكل مهملون .

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٢٩ ح ٧

و مدّ مقود الدّابة غضبٌ إلّا أن يكون صاحبها راكباً قوياً مستيقظاً فلا يتحقق الغضب حينئذ لعدم الاستيلاء، و غضب الحامل غضبٌ للحمل، و لو تبعها ففي الضّمان قولان و الأقوى الضمان، و الأيدي المتعاقبة على المغصوب أيدي ضمانٍ فيتخير المالك في تضمين من شاء أو الجميع و يرجع الجاهل منهم بالغضب على من غرّه على مشهور المتأخرين و الأقوى هو رجوع المالك الى السارق لا المشتري الجاهل بالغضب.

و الحرّ لا يضمن بالغضب

(و الحرّ لا يضمن بالغضب) عينا و منفعة، لأنه ليس مالا فلا يصدق الغضب فيه هذا إذا كان كبيرا عاقلا إجماعا، و أمّا الصغير ففي غضب «المبسوط» قال بالعدم، و في جراحه بالضمان و في «الخلافة» أفتى أولا بالعدم ثم قوّى الضمان(1).

اقول: مقتضى القاعده عدم تحقق الغصبيه لعدم كونه مالا، لكن لا يلزم من عدم الغضب عدم الضّمان لو حصل سببه، و عليه فلو كان استناد تلف الصبي بل غيره ايضا الى المتسلط عليه عرفا كان ضامنا .

(و يضمن الرقيق بالغضب) لأنه مال .

ص: ٢٠٠

و لو حبس الحر مده لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله

(و لو حبس الحر مده لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله) لأن منافع الحر ليست مالا فلا تدخل تحت اليد تبعاً له، نعم لو كان قد استأجره مده معينة فمضت زمان اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرت الأجره لذلك لا للغصب (بخلاف الرقيق) لأنه مال محض و منفعه كذلك .

و خمر الكافر المستتر محترمه

(و خمر الكافر المستتر بها محترم) لأنها مال بالإضافه إليه , و عليه فهو (يضمن بالغصب مسلماً كان) الغاصب (أم كافراً و قد أقر عليه) من قبل السلطان في شروط الذمه (و لم يجز مزاحمته فيه) و حيث يضمن الخمر يعتبر (بقيمه عند مستحليه) و بالقيمه صرح في المبسوطين و ذهب القاضي إلى أن الخمر عليه مثلها و لكن رجع عنه في آخر باب غضب كتابه(1).

اقول: و الاقوى الضمان بالقيمه مطلقاً لما تقدم في كتاب البيع فراجع .

(و كذا الخنزير) إلا أن ضمان قيمه الخنزير واضح لأنه قيمى حيث يملك.

حصيله البحث:

الحرّ لا يضمن بالغصب, نعم لو كان استناد التلف الى المتسلط عليه عرفاً كان ضامناً, و يضمن الرقيق, و لو حبس الحرّ مدّة لم يضمن أجرته إذا لم

ص: ٢٠١

يستعمله بخلاف الرقيق فانه ضامن لمنافعه, نعم لو كان قد استأجر الحر مده معينه فمضت زمان اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرت الأجره لذلك، و خمر الكافر المستتر محترمه تضمن بالغصب بقيمتها عند مستحليها و كذا الخنزير.

و لو اجتمع المباشر و السبب ضمن المباشر

(و لو اجتمع المباشر و السبب ضمن المباشر)

لأنه أقوى كمن حفر بئرا في ملك غيره عدوانا فدفع غيره فيها إنسانا فالضمان على الدافع.

(ألا مع الإكراه أو الغرور) للمباشر (فيستقر الضمان) في الغرور (على الغار و) في الإكراه (على المكره) لضعف المباشر بهما فكان السبب أقوى كمن قدم طعاما إلى المغرور فأكله فقرار الضمان على الغار فيرجع المغرور عليه لو ضمن على ما هو المشهور بين المتأخرين, و قد تقدم ان الاقوى عدم الضمان على المغرور و المكره لقاعده نفى الوزر, هذا و لم يقيد المصنّف الإكراه بالمال كالشرائع، لأنّ الكلام في الغصب و هو لا يكون إلا في المال فيكون الإكراه على القتل و الجراح خارجا من كلامه.

حكم ما لو أرسل ماء في ملكه أو أججّ نارا فسرى الى الغير

(و لو أرسل ماء في ملكه أو أججّ نارا فسرى الى الغير فأفسد فلا ضمان إذا لم يزد عن قدر الحاجه و لم تكن الرياح عاصفه و ألا ضمن)

ظاهر عبارته المصنف: أن الزائد عن قدر الحاجة يضمن به وإن لم يقترب بظن التعدي. وكذا مع عصف الرياح وإن اقتصر على حاجته لكونه مظنه للتعدي. فعدم الضمان على هذا مشروط بأمرين. عدم الزيادة عن الحاجة، وعدم ظهور سبب التعدي كالرياح فمتى انتفى أحدهما ضمن.

وجعل الشيخ في المبسوط الملاك في الضمان وعدمه علمه بالسرايه وعدمه، فقال: «إذا أرسل في ملكه ماء نظر، فإن كان غير مفرط مثل أن نقب الفار أو غيره نقبه أو كان هناك نقبه لم يعلم بها فلا ضمان عليه، لأنها سرايه عن مباح فيذهب هدرا، وهكذا النار إذا أجبها في ملكه فحملتها الرياح إلى ملك غيره فأتلفته فلا ضمان عليه لأنها سرايه عن مباح - إلى - فأما إن أرسل الماء إلى ملكه بقدر حاجته إليه وهو يعلم أن الماء ينزل إلى ملك غيره وأن للماء طريقا إليه فعليه الضمان لأنه إذا علم أنه يسرى إلى ملك غيره وأنه لا حاجز يحجزه عنه فهو المرسل له، وهكذا النار إذا طرحها في زرعه وهو يعلم أن زرعه متصل بزراع غيره وأن النار تأتي على ملكه وتتصل بملك غيره فعليه الضمان لأنها سرايه حصلت بفعله» (١).

اقول: الملاك في الضمان وعدمه هو كونه سببا في حصول التلف عرفا فإينما حصل سبب الضمان كان ضامنا والآ فلا .

ص: ٢٠٣

١- المبسوط في فقه الإماميه؛ ج ٣، ص: ١٠٣

و اما مجرد الزيادة عن الحاجة فلا دليل على كونها موجبه للضمان, و كذا التفصيل بين علمه وجهله لا وجه له الا عدم تحقق السبب في بعض موارد الجهل .

هذا و استدل على الضمان بقاعده لا ضرر و لا ضرار, و فيه: انما يصح الاستدلال بها اذا كانت بمعنى تدارك الضرر يعنى لا ضرر و لا ضرار غير متدارك كما هو مبنى الفاضل التوني, و لا نقول به.

حصيله البحث:

و لو اجتمع المباشر و السبب ضمن المباشر إلما مع الإكراه أو الغرور فيستقر الضمان على الغار و على المكره على مشهور المتأخرين و الاقوى عدم الضمان على المغرور و المكره. و لو أرسل ماءً في ملكه أو أجاج ناراً فسرى إلى الغير فعليه الضمان ان كان سببا في حصول التلف عرفا و الا فلا .

و يجب ردّ المغصوب ما دامت العين باقيه

(و يجب ردّ المغصوب ما دامت العين باقيه) عقلاً لحرمة الغصب شرعا و عقلا (و لو أدى ردّه الى عسر و ذهاب مال الغاصب) كمن غصب حجرا و جعله في أساس بيته فيجب عليه هدمه و ردّ الحجر، كما أنّه لو لم يفعل

ص: ٢٠٤

فالظاهر من قول تعالى {فَتِلْكَ تُبُوتُهُمْ خَاوِيَةً بِمَا ظَلَمُوا} ان الله تعالى يفعلها, و عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها»^(١)

كيفية الضمان

(فان تعذر ضمنه بالمثل ان كان مثلياً و إلا فالقيمة العليا من حين الغصب الى حين التلف، و قيل: الى حين الردّ و قيل: بالقيمة يوم التلف)

اقول: وقع الخلاف في كون الضمان بالمثل او القيمة فذهب ابن الجنيّد الى كون الضمان بالمثل ان اختار صاحبها ذلك و إلا دفع قيمه كانت منذ يوم غصبها الى ان هلكت فقال: «فإن استهلك الغاصب للعين المغصوبه كان ضامناً إِمَّا دفع قيمه كانت لها منذ يوم غصبها إلى أن هلكت، أو المثل لها إن اختار صاحبها ذلك»^(٢), و هذه العبارة تعطي انه قائل باعلى القيم لكن لا مطلقاً و عن المرتضى تخيير المالك بين المثل و القيمة و ذكر انه روى انه يلزمه اعلى القيم مده ايام الغصب فقال في ناصريّاته بعد قول جدّه: «الذي نذهب إليه أنّ المغصوب إذا كان تلف في يد الغاصب و كان له أمثال موجوده و رضى المغصوب منه أن يأخذ المثل كان على الغاصب أن يعطيه ذلك و إلا فالقيمة، و قد روى أنّه يلزمه أكثر قيمه مدّه أيام الغصب، و إنّما قيل ذلك احتياطاً و استظهاراً لأنّه إذا اختلف قيمته في أيام الغصب فالأولى

ص: ٢٠٥

١- نهج البلاغه (لصبي الصالح) ص ٥١٠؛ و في نسخه الغصيب بدل الغصب كما و ان الرضى (رحمه الله) قال ان هذا الكلام منسوب للرسول (ص).

٢- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج ٦، ص ١٣١

أن يؤخذ بالأزيد للاحتياط و الاستظهار»(١)، و بالمثل معيناً أفتى الشيخ فى المبسوطين(٢) و تبعه ابن البراج و ابن ادريس(٣) و ابن حمزه(٤).

قلت: و لم نقف لهم على دليل بل لعلّ المثل يكون انقص قيمه يوم الردّ و الغاصب كان سببا له بمعنى أنّه لو كان ماله عنده باعه بأكثر و إنّما المتيقن قبول ردّ العين و لو كان نقصت قيمته فان كان شىء له أجره يعطى أجرته أيضا و إلّا فلا بد من التحلل من صاحب الحق, هذا كله فى المثلى.

نعم قد يستدل بصحيح صفوان الجمال عن الصادق (عليه السلام) «من وجد ضالّه فلم يعرفها، ثمّ وجدت عنده فإنّها لربّها و مثلها من مال الذى كتمها»(٥) على تعيين الضمان بالمثل لقوله (عليه السلام) «و مثلها» او «او لمثلها» على اختلاف النسخ.

و فيه: ان مورده الضالّه و هى اعم من القيمى و المثلى, و موردها الغصب او ما بحكمه من التعدى مضافا الى انها لا دلالة فيها على تعيين الضمان بالمثل

ص: ٢٠٦

١- الناصريات؛ ص ٣٨٨

٢- الخلاف؛ ج ٣، ص: ٤١٥؛ المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ٣، ص: ١٠٣

٣- السرائر ج/٢ ص ٤٨١؛ و المهذب (لابن البراج)؛ ج ١، ص: ٤٤٧.

٤- الوسيله ص ٢٧٦؛ ألّا انه لم يفصل بين المثلى و القيمى و ان فصل فى النماء بين المثلى و القيمى .

٥- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٤١؛ و الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٤، و التهذيب ج ٦ ص ٣٩٣ ح ٢٠؛ و فيه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

و عليه فالجمع بينها و بين صحيح ابى ولاد هو تخير المالك بمطالبه المثل او القيمه .

و بما تقدم يظهر عدم صحه ما ادعى من الاجماع بضمان المثلى بالمثل و القيمى بالقيمه بل المالك المطالبه بالمثل فى باب الغصب او ما بحكمه من التعدى لا مطلقا.

و اما القيمى فذهب المبسوطان الى اعلى القيم الى يوم التلف(١) و كذلك ابن حمزه و ابن ادريس(٢).

اقول: و الذى تدل عليه صحيحه ابى ولاد هو الضمان بالقيمه يوم المخالفه و المفهوم منها هو عدم الفرق بين المثلى و القيمى و ان وردت بالبغل و هذا هو الذى دل عليه العرف فالعرف يرى القيمه ميزاناً للاشياء المتلفه و لا يرى المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى و هذا دليل آخر على اطلاق الضمان و يمكن الاستدلال بصحيحه ابى ولاد بعد اعتبار البغل المضمون بالقيمه مثلياً فهو و ان قيل انه قيمى الا ان الصحيح ان العرف لا يراه قيمياً بل مثلياً لتوفر

ص: ٢٠٧

١- المختلف ج/٦ ص ٨١ و المبسوط ج/٣ ص ٧٥ و الخلاف ج/٣ ص ٤١٥

٢- السرائر ج/٢ ص ٤٨٢ و الوسيله ص ٢٧٤

مثله بالصفات و المالىه و اذا ثبت ذلك فثبوت القيمه فى القيمى بطريق اولى.

هل يلزم الغاصب باعلى القيم ام لا؟

قد تقدم ان المرتضى قال بالقيمه مطلقاً و نسب اعلى القيم الى الروايه و قد عرفت افتاء ابن الجنيد بذلك حتى فى المثلئ لكن لا مطلقاً و المبسوطين به ايضاً فى القيمى و كذلك ابنا حمزه و ادريس, ثم ان عمل هؤلاء ان كان من اجل هذه الروايه المرسله التى رواها السيد المرتضى كان عملهم جابراً لها لكن الظاهر ان فتواهم انما هو لاقتضاء القاعده ذلك حيث ان الغاصب مفوت لاعلى القيم على المالك و عليه فالاقوى انه ضامن لأعلى القيم الى يوم الرد و للمالك ايضاً مطالبه الغاصب بالمثل .

(و ان عاب المغصوب ضمن أرشه)

لصحيح أبى ولّاد المتقدم فيه: «قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال: عليك قيمه ما بين الصّيحّ و العيب يوم تردّه عليه».

(و يضمن أجرته ان كان له أجره لطول المدّه استعمله أو لا)

ص: ٢٠٨

اما ما استعمله، فلصحيح أبي ولما قدم فيه: «وقال: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل و مثل كراء البغل راكبا من النيل إلى بغداد، و مثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إياه».

و أما مع عدم الاستعمال فالضمان لأجل ان منافعه أموال تحت اليد فتضمن بالفوات، و التفويت.

و لا فرق بين بهيمه القاضى و الشوكى فى ضمان الأرش

(و لا فرق بين بهيمه القاضى و الشوكى (1) فى ضمان الأرش)

لعموم الأدله، و ردا على مخالفه بعض العامه فى ذلك فحكم فى الجنايه على بهيمه القاضى بالقيمه و يأخذ الجانى العين نظرا إلى أن المعيب لا يليق بمقام القاضى (2).

حصيله البحث:

يجب ردّ المغصوب ما دامت العين باقية، و لو أدى ردّه إلى عسرٍ و ذهاب مال الغاصب فإن تعذّر ضمنه بالقيمه العليا من حين الغصب إلى حين الردّ

ص: ٢٠٩

١- منسوب إلى الشوك بفتح الشين و سكون الواو جمعه أشواك ما يخرج من النبات شبيها بالإبر. و المراد منه هنا من يحتطب الشوك للارتزاق.

٢- النجعه ج ١٠ كتاب الغصب .

سواءً كان مثلياً ام قيمياً و للمالك ايضاً مطالبه الغاصب بالمثل، و إن عاب ضمن أرشه و يضمن أجرته إن كان له أجره لطول المدّة استعمله أو لا، و لا فرق بين بهيمه القاضى و الشوكى فى ضمان الأرش.

و لو جنى على العبد المغضوب فعلى الجانى أرش الجنايه

(و لو جنى على العبد المغضوب) جان غير الغاصب (فعلى الجانى أرش الجنايه) المقرر فى باب الديات (و على الغاصب ما زاد عن أرشها من النقص ان اتفق) حصول الزيادة فلو كانت الجنايه مما له مقدر كقطع يده الموجب لنصف قيمته شرعاً فنقص بسبب قطع يده ثلثاً قيمته فعلى الجانى النصف و على الغاصب السدس الزائد من النقص، و لو لم تحصل زياده نقص توجب الضمان على الغاصب فلا شىء على الغاصب بل يستقر الضمان على الجانى. و الفرق أن ضمان الغاصب من جهه المالىه فيضمن ما فات منها سواء كان تفويت مالىه العين من قبل الغاصب أم من قبل غيره، و ضمان الجانى منصوص .

(و لو مثل (1) به انعتق و غرم قيمته للمالك)

عند المصنف و به قال فى المبسوطين، و تبعه القاضى و هو المفهوم من الكلينى حيث اعتمد مرسل جعفر بن محبوب عن الصادق (عليه السلام) «كلّ عبد

ص: ٢١٠

١- قال الجزرى: مثل بالحيوان أمثل به مثلاً. إذا قطعت اطرافه و شوهت به و مثلث بالقتيل إذا جذعت أنفه و اذنه و مذاكيره و شيئاً من اطرافه و الاسم المثلّه .

مثّل به فهو حرّ»(١) الدال بعمومه على حصول الانعتاق و لو لم يكن التمثيل من المولى لكنه ضعيف سندا لارساله و بجعفر بن محبوب فانه لم يوثق, فان حصل الوثوق به فهو و الآ فلا .

و اما الاستدلال له بصحيح أبى بصير «عن الباقر (عليه السلام) قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى من نكل(٢) بمملوك أنّه حرّ» ففيه: ان الانعتاق بالتمثيل مورده تمثيل المولى و لا عموم فيه.

حكم ما لو غصب مثل الخفّين

(و لو غصب مثل الخفّين أو المصراعين أو الكتاب سفرين فتلف أحدهما ضمن قيمته مجتمعا)

لأن النقصان الحاصل فى يده مستند إلى تلف عين مضمونه عليه بما لها من الصفات, فكان عليه ضمان التفرقه و ضمان العين .

حكم ما لو زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب

(و لو زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب فلا شىء عليه و لا له إلا أن تكون عينا كالصبيغ فله قلعه إن قبل الفصل) و لو بنقص قيمه الثوب جمعا بين الحقين (و نقص الثوب ينجبر بأن الغاصب (يضمن أرش الثوب) .

ص: ٢١١

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٨٩ ح ١

٢- فى النهايه: نكل تنكيلا إذا جعله عبره لغيره و صنع به صنعا يحذر غيره.

و ذهب الإسكافيّ على أنّه ليس له قلع صبغته و لو أعطاه المالك قيمته و جب عليه القبول لاستهلاك عين الغصب و عدم انتفاعه بصبغته، و استلزام قلع صبغته التصرف في مال الغير بغير اذنه(١).

و فيه: ان مفروض المسأله هو كون الصبغ قابلا للانفصال و عليه فوقوعه عدوانا لا يقتضى إسقاط مالته، لأن ذلك عدوان آخر.

(و لو بيع مصبوغا بقيمته مغصوبا فلا شىء للغاصب) من قيمه البيع لعدم الزيادة بسبب ماله.

و للشيخ تفصيل حول المسأله فقال فى المبسوط: « اذا غصب ثوبا فصبغه لم يخل الصبغ من ثلاثه أحوال إما أن يكون للغاصب أو لرب الثوب أو لغيرهما فان كان للغاصب لم يخل من ثلاثه أحوال إما أن لا يزيد و لا ينقص بالصبغ أو يزيد، أو ينقص.

فان لم يزد و لم ينقص مثل أن كانت قيمه الثوب عشره و قيمه الصبغ عشره، و هو بعد الصبغ يساوى عشرين، فهما فيه شريكان، لأن لكل واحد منهما عينا قائمه فيه، فهو كما لو غصب طعاما فخلطه بطعام من عنده، فهما فيه شريكان. و لو غصب غزلا فنسجه، أو ترابا فضربه لبنا، أو نقره فضربها دراهم، أو ثوبا فقصره فزادت قيمه، كان ذلك كله لصاحب العين، و الفرق بينهما أن هذه آثار أفعال، و تلك أعيان أموال.

ص: ٢١٢

١- مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة؛ ج ٦، ص: ١١٨

فإذا ثبت أنهما شريكان، ففيه ست مسائل:

إن اتفقا على أن يكون على ما هما عليه من الشركه فعلا.

و أن اتفقا على بيعه و قسمه ثمنه فعلا.

الثالثه: إذا اختار الغاصب قلع صبغه عن الثوب كان له، على أن عليه ما نقص بالقلع، فيقال له: إن شئت فاستخرج الصبغ على أن عليك ما نقص بالقلع، لأنه عين ماله، فكان له إزالتها عن ملك رب الثوب.

الرابعه: إذا امتنع صاحب الصبغ عن إزاله الصبغ عن الثوب، فهل لرب الثوب إجباره على ذلك أم لا؟ قيل فيه وجهان أحدهما له إجباره كما لو غصب دارا فزوقها أو أرضا فغرسها، كان للمالك مطالبته بالقلع، و الثاني ليس له إجباره على قلعه بل يكونان شريكين و الأول أقوى.

الخامسه: اختار رب الثوب أن يعطى الغاصب قيمه الصبغ، ليكون الثوب بصبغه له أو يأخذ الثوب مصبوغا و لا يعطى الغاصب ما زاد بالصبغ فهل له ذلك أم لا؟ قيل فيه قولان أحدهما له أخذ الثوب مصبوغا، و يكون له الصبغ بغير قيمه، لأنها زياده متصله بالثوب كما إذا قصره و هذا ليس بصحيح، و الثاني ليس له ذلك، بل له أن يعطيه قيمه الصبغ، ليكون الثوب و صبغه له فالصحيح أنه ليس له مطالبته بأخذ القيمه، بل يكونان فيه شريكان، لأنها عين ماله قائمه بحالها غير تابعه لغيرها فلا يجبر على أخذ قيمتها كما لو خلط طعامه بطعامه.

السادسه: وهب الغاصب الصبغ من رب الثوب فهل يلزم رب الثوب قبوله منه أم لا؟

قيل فيه وجهان أحدهما يلزمه كالسمن و تعليم القرآن و القصاره، و الثانى لا يجبر لأنها غير ماله، فلم يجبر على قبولها كالعين المنفردة عن المال، و هذا هو الصحيح، لأن الأصل براءة الذمه من لزوم ذلك.

و جملته أن كل من وهب لغيره هبه هل يلزمه القبول أم لا؟ فيها ثلاث مسائل أحدها لا يلزمه القبول، و هو العين المنفردة بنفسها، الثانى عين قائمه متصله لا يمكن إفرادها فيلزمه قبولها وجها واحدا مثل السمن، الثالثه زياده متصله لا يمكن إفرادها مثل مسلتنا و كالتزويق فى الدار و هو على وجهين، و الأقوى أنه لا يجبر.

هذا إذا لم يزد و لم ينقص و أما إن زاد مثل أن كانت قيمه الثوب عشره، و قيمه الصبغ عشره، فلما صبغ ساوى ثلاثين لم يخل من أحد أمرين إما أن تكون الزياده لزياده السوق أو لاجتماع ذلك، فان كان لاجتماع الأمرين، فالثوب بزيادته شركه بينهما، لأن الزياده حصلت باجتماع الثوب و الصبغ، و يكون الحكم فيه كما لو كانت قيمه الثوب خمسه عشر، و قيمه الصبغ خمسه عشر، فصبغه به فلم يزد و لم ينقص و فيه المسائل الست على ما فصلناها فإن اختار الغاصب القلع فعليه ما نقص الثوب عن خمسه عشر.

ص: ٢١٤

و إن كانت الزيادة لزياده السوق مثل أن غلت الثياب فبلغت قيمه الثوب عشرين و الصبغ بحاله أو غلى الصبغ فبلغ عشرين و قيمه الثوب بحاله كانت الزيادة لمن غلت عين ماله وحده لا يشاركه غيره فيها.

و أما إن نقص نظرت فإن صار بعد الصبغ تساوى خمسه عشر، فقد نقص خمسه يكون من صاحب الصبغ وحده، لأنه إن كان النقص عاد إلى الثوب فقد حدث بجنايته عليه، و إن كان النقص عاد إلى الصبغ فهو الذى جنى على صبغ نفسه، فيصيران فيه شريكان: لصاحب الثوب ثلثاه و لصاحب الصبغ ثلثه و فيه المسائل الست.

فأما إذا نقص فصار يساوى عشره فالنقص أيضا على صاحب الصبغ و لا شركه له فيه و لا يجىء من المسائل الست فيه إلا واحده، و هو أن له قلع صبغه على أن عليه ما نقص و الباقي لا- يجىء فيها فان نقص عن العشره فعلى الغاصب ما نقص من الثوب بالصبغ، فإن أراد القلع على أن عليه ما نقص أو ما لعله أن يزيد بالقلع، كان له ذلك فقد ثبت أن للغاصب قلع الصبغ.

فأما إذا كان الثوب و الصبغ معا لرب الثوب، فان لم يزد و لم ينقص فلا كلام، و إن زاد فالزيادة له، و إن نقص فعلى الغاصب لأنه نقص بجنايته و إن كان الثوب لواحد و الصبغ لواحد، فإن لم يزد و لم ينقص فلا كلام و هما فيه شريكان، و إن زاد فالزيادة لهما و إن نقص فان كان النقصان من جانب الصبغ فلصاحب الصبغ مطالبه الغاصب بما نقصه دون صاحب

الثوب، و إن كان النقص من قبل الثوب كان المطالبه لصاحب الثوب دون صاحب الصبغ»(١).

حكم ما لو غصب شاه فأطعمها المالك جاهلا

(و لو غصب شاه فأطعمها) الغاصب (المالك جاهلا بكونها شاته ضمنها الغاصب له) لقاعده الغرور و ذلك لضعف المباشر بالغرور، و بالضمان صرح الشيخ و قال: أنما بعض العامه قال بعدم الضمان(٢).

(و لو أطعمها غير صاحبها جاهلا ضمن المالك من شاء و القرار على الغاصب) عند المصنف و هو المشهور بين المتأخرين لان ضمان الغاصب بغصبه و ضمان الآكل بمباشرته للاتلاف و يرجع الآكل على الغاصب لقاعده الغرور، قلت: و قد تقدم ان الاقوى عدم ضمان الآكل مطلقا لقاعده نفى الوزر .

حكم ما لو مزج المغصوب بغيره

(و لو مزج المغصوب بغيره كلف قسمته بتمييزه إن أمكن) لوجوب رد العين عقلاً حيث يمكن .

(و إن شق و لو لم يمكن ضمن المثل ان مزجه بالأردى) عند المصنف لتعذر رد العين كامله، لأن المزج فى حكم الاستهلاك من حيث اختلاط

ص: ٢١٤

١- المبسوط فى فقه الإماميه ؛ ج ٣، ص: ٧٧

٢- الخلاف فى ٢٣ من مسائل الغصب .

كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب و هو أدون من الحق فلا يجب قبوله، بل ينتقل إلى المثل على ما هو المشهور بين المتأخرين .

وفيه: يمنع كون المزج في حكم الاستهلاك عرفاً و عليه فالقاعده تقتضى اشتراكهما فيه و يضمن الغاصب ارش النقصان لانه هو السبب فيه، و على فرض الاستهلاك فقد تقدم ان الاقوى هو الضمان بالقيمه مطلقاً .

(و الّا) يكن المزج بالاردئ (كان شريكاً) كما هو مقتضى القاعده، و هو الاقوى خلافا لابن ادريس حيث قال في المزج بالأجود و المثل بتخيّر الغاصب بين أن يعطيه منه أو مثله من غيره، و المبسوط قاله أولاً، ثم نقل عن بعضهم شركته فيهما و استقر به لوجود بعض عين ماله (١).

(و مؤونه القسمة على الغاصب) لانه هو السبب في وقوع الشركه تعدياً .

حصيله البحث:

و لو جنى على العبد المغصوب فعلى الجانى أرش الجنايه و على الغاصب ما زاد عن أرشها من التّقص إن اتّفق، و لو مثّل به قيل بانعتاقه و يغرّم قيمته للمالك، و الاقوى عدم الانعتاق و يغرّم ما جناه على العبد للمالك و لو غصب الخفّين أو المصراعين أو الكتاب سفرين فتلف أحدهما ضمن قيمته مجتمعاً، و لو زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب فلا شىء عليه و لا له إلّا أن يكون عيناً كالصّبغ فله قلعه إن قبل الفصل، و يضمن أرش الثّوب و لو

ص: ٢١٧

١- النجعه ج ١٠ كتاب الغصب .

بيع مصبوعاً بقيمته مغصوباً فلا- شىء للغاصب من قيمه البيع، و لو غصب شاه فاطعمها المالك جاهلاً ضمنها الغاصب، و لو أطعمها أجنبياً جاهلاً ضمن المالك من شاء و القرار على الغاصب على مشهور المتأخرين و الاقوى اختصاص الضمان بالغاصب، و لو مزج المغصوب كلف فصله إن أمكن و إن شق، و لو لم يمكن كان شريكاً للمالك و ان مزجه بالاردئ، و مؤونه القسمة على الغاصب .

حكم ما لو زرع الحب أو أحضن البيض

(و لو زرع الحب أو أحضن البيض فالزرع و الفرخ للمالك)

و به قال الإسكافي و المرتضى فى ناصرياته و الحلبي و المبسوط فى عاريته، و الخلاف فى دعاويه و بيناته، و لكن فى غصبهما قال: إنهما للغاصب استناداً إلى أنّ عين المغصوب تلفت فينتقل إلى قيمه، و تبعه ابن حمزه (1)، و ردّ بأنّه عين مال المالك و إنما حدث بالتغير اختلاف الصور بصيروره الحب زرعاً، و البيض فرخاً، و نماء الملك للمالك و إن كان بفعل الغاصب.

(و لو نقله الى غير بلد المالك و جب عليه نقله) لأنّ الواجب إيصال المال إلى مالكة عقلاً.

ص: ٢١٨

١- النجعه ج ١٠ كتاب الغصب .

(و لو رضى المالك بذلك المكان لم يجب) بل يحرم لحرمة التصرف بمال الغير .

حكم اختلافهما فى القيمة

(و لو اختلفا فى القيمة حلف الغاصب)

عند المصنف لأصالة البراءة من الزائد و لأنه منكر ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم قيمة للعبد و به قال الشيخ فى المبسوطين, و قال النّهايه: يحلف المالك و هو الاقوى و ذلك لصحيح «أبى ولّاد، عن الصادق (عليه السلام) المتقدم ففيه: «قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر [غمز-الكافى] فقال: عليك قيمه ما بين الصّحّه و العيب يوم تردّه عليه، قلت: فمن يعرف ذلك قال: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك- الخبر».

(و كذا) يحلف الغاصب عند المصنف (لو ادّعى المالك صناعه يزيد بها الثمن) لأصالة عدمها, و الظاهر رجوع هذا إلى الاختلاف فى القيمة و شمول اطلاق صحيحه ابى ولاد المتقدمه له, و عليه فالاقوى ان يحلف المالك .

(و كذا) يحلف الغاصب عند المصنف ايضا (لو ادّعى التلف)

و استدلل له بان حلفه و إن كان خلاف الأصل لانه مدع و الاصل عدم التلف، لكن لإمكان صدقه و استحاله مجيئه بالعين مع صدقه لو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس لو فرض التلف.

و فيه: ان القاعدة فيه تقتضى ان يكلف بالبينه فان عجز عنها فان كان المالك عالما بعدم التلف حلف المالك على عدمه كما لو أقام المالك بينه ببقائه مع إمكان كذب البينه، وبثبوت البقاء شرعا يجوز تعزيره إلى أن يعلم خلافه، و ان لم يكن المالك عالما بالتلف رد اليمين عليه و هو الاقوى .

(أو) ادعى الغاصب (تملك ما على العبد من الثياب و نحوها) ففي هذا المورد يحلف الغاصب عند المصنف، و علل بأن العبد بيده فيكون ما معه في يده فيقدم قوله في ملكه.

و فيه: لا اثر لكون العبد بيده لانها ليست بيد شرعيته حتى يكون ما مع العبد موضوعا في ملك غيره فعليه فالاقوى هو تقدم قول المالك.

و لو اختلفا في الردّ حلف المالك

(و لو اختلفا في الردّ حلف المالك) لأصالة عدمه .

و لو اتفقا في الردّ لكن المالك قال: رددته ميتا و قال الغاصب: رددته حيا و أقام كلّ منهما بينه ففي المبسوطين تسقط البيّتان و ردّ إلى الأصل و هو

بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده، و زاد «الخلاف» استعمال القرعه و أفتى الحلبي بتقدم بينه الغاصب المدعى للحياه(1).

قلت: الاصل في الدعاوى هو البينه على المدعى و اليمين على المنكر و هما هنا متفقان على حصول الرد و انما يدعى المالك موته و ينكره الغاصب و الاصل عدم الموت و عليه فلا اثر لبينه الغاصب لانه منكر فيعمل على بينه المالك.

حصيله البحث:

و لو زرع الحبّ أو أحضن البيض فالزّرع و الفرخ للمالك، و لو نقله إلى غير بلد المالك و جب عليه نقله و مؤونه نقله، و لو رضى المالك بذلك المكان لم يجب، و لو اختلفا في قيمه حلف المالك للنص، و كذا لو ادعى إثبات صناعه يزيد بها الثمن، و كذا لو ادعى التلف أو ادعى تملكك ما على العبد من الثياب، و كذا لو اختلفا في الردّ، و لو اتفقا في الردّ لكن المالك قال: رددته ميتا و قال الغاصب: رددته حيّا و أقام كلّ منهما بينه عمل بينه المالك.

(كتاب اللقطه)

اشاره

اللقطه بضم اللام و فتح القاف و إسكانها: المال المخصوص على ما هو المعروف بين أهل اللغه كالأصمعي و ابن الأعرابي و الفراء و أبي عبيده،

ص: ٢٢١

١- النجعه ج ١٠ كتاب الغصب .

بل عن الأخير أن التحريك عليه عامه أهل العلم. بل عن الأزهري انه قول جميع أهل اللغة و حذاق النحويين. و فى الإيضاح «أجمعت الرواه على روايه خبر زيد الجهنى (١) بالتحريك»، و لكن مع ذلك كله ففى التذكرة «عن الخليل بن أحمد أنها بالسكون للمال، و بالفتح للملتقط، كما هو فى كل ما كان على وزن «فعله» نحو «همزه» «و لمزه» و غيرهما» بل عن الأزهري عن الليث السكون، و لم أسمع له غيره... و على كل حال فهى لغة و عرفا المال، إلما أن الفقهاء تجوزوا و أطلقوها على ما يشمل الأدمى الحر، و منهم من خصها بالأول، و أفرد للقيط كتابا آخر، و أما احتمال أنها حقيقه شرعيه للأعم فهو واضح الضعف (٢).

حقيقه اللقطه: و على ضوء ما تقدم فاللقطه كل مال ضائع اذا اخذ و كان مالكة مجهولا، و عليه فمن تبدل حذاؤه مثلا بحذاء الغير من دون معرفه صاحبه فلا يصدق على ذلك عنوان اللقطه لتقومها بالضياح و ان صدق عنوان مجهول المالك.

و منه يتضح ان النسبه بين عنوان اللقطه و عنوان مجهول المالك هو العموم و الخصوص المطلق، فكل لقطه هى مجهول المالك من دون عكس.

ص: ٢٢٢

١- سنن البيهقى ج ٦ ص ١٨٥

٢- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٨، ص: ١٤٥

كما و انها متقومه بالاخذ و ذلك لانه بمجرد رؤيه الشىء من دون أخذه لا يصدق عنوان اللقطه. و هكذا لو فرض امر شخص غيره بالاخذ فانه لا يصدق العنوان المذكور بالنسبه اليه ما دام لم يتصد بنفسه للأخذ.

(و فيه فصول)

الفصل الأول في اللقيط

اشاره

في الصّيحاح: اللقيط المنبوذ يلتقط، وفي النهايه «اللقيط: الطفل الذي يؤخذ مرميا»، و في القاموس «أنه المولود ينبذ» و عن المصباح المنير «أنه غلب على المولود المنبوذ» قلت ويشهد لما في المصباح إطلاق الالتقاط على يوسف عليه السلام قال تعالى { قَال قَائِلٌ مِنْهُمْ لَا تَقْتُلُوا يُوسُفَ وَأَلْقُوهُ فِي غِيَابَتِ الْجُبِّ يَلْتَقِطُهُ بَعْضُ السَّيَّارِهِ إِنْ كُنْتُمْ فَاعِلِينَ } (١) و هو أقوى شاهد على عدم اختصاصه بغير المميز، (و) عليه فهو كما قال المصنف:

(هو إنسان ضائع لا كافل له، و لا يستقلّ بنفسه، فيلتقط الصبي و الصبيه)

لنصوص المستفيضة و لا-ريب في تعلق الحكم بالتقاط الطفل غير المميز لأنه المتيقن من النصوص و كلام أهل اللغه و جرت عليه السيره ، بل و الطفل المميز ايضا لصدق كونه لقيطا بعد أن يكون ضائعا و حاجته إلى التربيه و التعهد و إن كان محفوظا في نفسه، و ذلك لصغره و عجزه عن

ص: ٢٢٣

١- يوسف ايه ١٠

دفع ضرورته و بذلك يظهر ضعف ما عن المبسوط من أنه مستغن عن التعهد و التريه، فكان كالبالغ في حفظ نفسه (١). مضافا إلى عدم منافاه ذلك لصدق اللقيط الذى به ينقطع أصاله عدم جواز لقطته .

(ما لم يبلغا) فيمتنع التقاطهما حينئذ، لاستقلالهما، و انتفاء الولاية عنهما .

قيل: «و المجنون بحكم الطفل» (٢)، قلت: لا دليل على الحاق المجنون البالغ بالصبي و لا يصدق عليه عنوان اللقيط .

(فاذا علم الأب أو الجدّ بناءً على ولاية الجد وقد تقدم فى كتاب البيع الاشكال فيها (أو الوصى أو الملتقط السابق) الثابته ولايته بلقطته بمقتضى ادله جواز اخذه، مضافا الى ان الاسبقية نفسها تمنح صاحبها حقا بالسيره العقلانيه الممضاه من خلال عدم ثبوت الردع عنها.

(لم يصحّ) الالتقاط بمعنى انه تنتفى ولاية الملتقط على اللقيط المستفاده من ادله جواز اللقطه (و سلّم إليهم) لانهم اصحاب الولاية عليه

قيل: و يجبر هؤلاء على أخذه لسبق تعلق الحقّ بهم (٣).

ص: ٢٢٤

١- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٨، ص: ١٤٩

٢- الروضه البهيه فى شرح اللمعه دمشقيه (ط - كلانتر)، ج ٧، ص: ٦٨

٣- الروضه البهيه فى شرح اللمعه دمشقيه (ط - كلانتر)، ج ٧، ص: ٦٨

قلت: إنما يكون الحق لهم لا- عليهم فلا- يجبر الاب و الوصى و الملتقط الأول لو امتنعوا, نعم يجبرون إذا لم يرد الملتقط الأخير إبقاءه عنده لانهم اصحاب الولاية عليه، كما أنهم لو أرادوا أخذه ليس للملتقط الامتناع, و مثل الاب الجد بناء على ثبوت ولايته.

حصيله البحث:

و هو كل إنسان ضائع لا- كافل له و لا يستقل بنفسه, فيلتقط الصبي و الصبيه ما لم يبلغا، فإذا علم الأب أو الوصى أو الملتقط السابق لم يصح الالتقاط لكن لا- يجبر الاب و الوصى و الملتقط الأول لو امتنعوا نعم يجبرون إذا لم يرد الملتقط الأخير إبقاءه عنده، كما أنهم لو أرادوا أخذه ليس للملتقط الامتناع.

حكم اللقيط المملوك

(و لو كان اللقيط مملوكا حفظ) وجوبا كفايًّا اذا خيف عليه من التلف و استدل لوجوب حفظه بكونه نفسا محترمه فالحفاظ عليه من التلف يكون واجبا بالضروره مضافا الى حكم العقل بذلك, و بدليل فحوى قوله تعالى ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحِدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ...﴾ (١) الدال على وجوب حفظ دماء المؤمنين بقتال الفئة الباغية, فان المفهوم منه عرفا هو وجوب حفظ دمائهم اذا لم يستلزم القتال بطريق اولي.

ص: ٢٢٥

(حتى يصل الى المالك و لا- يضمن) الملتقط للإذن في قبضه شرعا فيكون أمانه مضافا لقوله تعالى ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ .

(ألا بالتفريط) فيكون ضامنا كما هو مقتضى القاعده المتقدمه من كون الامين لا يضمن إلا مع التعدى او التفريط .

(نعم الأقرب المنع من أخذه) اي المملوك عند المصنف (إذا كان بالغاً أو مراهقاً) أى مقاربا للبلوغ, و ظاهر العبارة حرمه اخذه. و فيه: أنه معاونه على البر، و دفع لضروره المضطر و احسان, و عليه فلا- شك في جوازه, نعم لا- تترتب احكام اللقطه بالنسبه للبالغ.

(بخلاف الصغير الذى لا قوه معه) على دفع المهلكات عن نفسه فلا شبهه في جواز اخذه و تترتب احكام اللقطه عليه .

حصيله البحث:

و لو كان اللقيط مملوكاً و جب حفظه اذا كان صغيراً و جوبا كفاثا اذا خيف عليه من التلف حتى يصل إلى المالك , و لا يضمن إلا بالتفريط. و الأقرب عدم حرمه أخذه ان كان بالغاً لانه من المعروف لكن لا يترتب على اخذه احكام اللقطه .

ص: ٢٢٤

(و لا بدّ من بلوغ الملتقط و عقله و حرّيته) لمحجوريه الصبى و المجنون و العبد عن التصرفات كما تقدم فى كتاب البيع و عليه فلا اثر لتصرفاتهم حتى تترتب عليها احكام اللقطه .

و يدل على عدم الجواز فى خصوص العبد بدون الاذن صحيح أبى خديجه، عن الصادق (عليه السلام) سأله ذريح المحاربى عن المملوك، يأخذ اللقطه؟ قال: و ما للمملوك و اللقطه، لا- يملك من نفسه شيئاً فلا- يعرض لها المملوك، فإنّه ينبغى للحر أن يعرفها سنه فى مجمع فإن جاء طالبها دفعها إليه و إلّا كانت من ماله فإن مات كانت ميراثاً لولده و لمن ورثه فإن جاء طالبها بعد ذلك دفعوها إليه^(١) وسندا الكلينى و الصدوق وان كانا ضعيفين إلّا ان سند الشيخ صحيح .

و قوله (عليه السلام) فانه ينبغى... تعليل لقوله (عليه السلام) فلا يعرض لها، نعم فى نسخه الكافى: له بدل «للحر»^(٢)، إلّا ان هذا الاختلاف لا يضر. و ذلك لان ذيل الخبر قرينه على ان المراد من ضمير له هو الحر، و بذلك يظهر لك ضعف

ص: ٢٢٧

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٦ ص ٣٩٧ باب اللقطه و الضاله.

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٣٠٩

ما فى قول الخلاف بجوازه استنادا إلى عموم الأخبار(١) و كذا قال فى المكاتب و من حرّر بعضه، استنادا إلى عموم الأخبار(٢).

(إلا باذن السيد) فتكون لقطه لقطه السيد، و كذلك تصرف الصبى يصح اذا كان باذن الولى على المختار كما تقدم فى كتاب البيع، و انه لو التقط غير البالغ او غير العاقل او المملوك بلا اذن من الولى او المالك فان شاء الولى او المالك امضاءه فهو و الآ فلا.

هذا و قال الإسكافى: «المكاتب و الذى يسعى فى فكاك ما بقى منه فى الرّق فأرى أن يمنعا من كونها فى أيديهما حتى تمضى السّينه فإذا مضت و قد عرفت و لم يجىء طالب لها لهما أن يفكّا بها رقبتهما و تكون فى ذمّتهما»(٣). قلت: إذا لم يكونا أهلا للأخذ يؤخذ منهما و يعزّفها غيرهما فلا دليل على مالكيته بمجرد رؤيته و لقطه، و ينبغى أن السيد إذا رضى بإبقائه فى يده و تعريفه تكون للسيد و إن لم يرض تؤخذ منه و لا أثر للقطه.

و الظاهر من عباره المصنف أنه لا يشترط رشده، و هو كذلك فيصح من السفیه، لأن حضانه اللقيط ليست مالا، و إنما يحجر على السفیه له، و مطلق كونه مولى عليه غير مانع من لقطته. و استقرب المصنف فى الدروس

ص: ٢٢٨

١- الخلاف، ج ٣، ص: ٥٨٤

٢- الخلاف؛ ج ٣، ص: ٥٨٧

٣- النجعه ج ١٠ كتاب اللقطه

اشترط رشده، محتجا بأن الشارع لم يآتمنه على ماله فعلى الطفل و ماله أولى بالمنع، و لأن الالتقاط ائتمان شرعى و الشرع لم يآتمنه. و اجيب: بأن الشارع إنما لم يآتمنه على المال، لا على غيره، بل جوّز تصرفه فى غيره مطلقا، و على تقدير أن يوجد معه مال يمكن الجمع بين القاعدتين الشرعيتين و هما: عدم استئمان المبذر على المال. و تأهيله لغيره من التصرفات التى من جملتها الالتقاط و الحضانه فيؤخذ المال منه خاصه(١).

لا يقال: إن صحه التقاطه يستلزم وجوب إنفاقه، و هو ممتنع من المبذر، لاستلزامه التصرف المالى و السفية محجور عليه من هذه الجبهه، و جعل التصرف فى المال لآخر يستدعى الضرر على الطفل بتوزيع أموره و هو منفى بقاعده لا ضرر.

فانه يقال: قد يحصل من التقاطه الضرر على الطفل فى بعض الاحيان لا دائما و عليه فكلما حصل الضرر سقطت ولايته عليه بمقتضى بقاعده لا ضرر.

(و إسلامه ان كان اللقيط محكوما بإسلامه)

و ذلك لآيه نفى السبيل { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } (٢) كما تقدم، نعم لا يشترط الإسلام فى غير اللقيط من اللقطات كما هو منصرف

ص: ٢٢٩

١- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط - كلانتر)، ج ٧، ص: ٧٠

٢- النساء ايه ١٤١

كلام الشيخ في المبسوط (١) و الخلاف فقال: «الذمى إذا وجد لقطه في دار الإسلام جاز له أخذها، و للشافعي فيه قولان، و استدلّ بعموم الاخبار و كذلك قال بجوازه للفاسق، و قال للشافعي فيه قولان، و استند إلى عموم الأخبار» (٢).

(قيل: و عدالته)

و يردده انه لا دليل على اشتراط العدالة و أصله عدم الاشتراط تدفعه، و اما قول الإسكافي: «لو وقف و إلى المسلمين على لقطه في يد غير موضع لها كان له إخراجها من يده إلى ما يثق به عليها» (٣) فأعم من الإسلام و العدالة، و كلامه صحيح فإن الوالى إذا علم أنّ من أخذ اللقطه لا يراعى وظيفته من التعريف فى السنه كان له أخذها منه.

(و قيل: حضره فينتزع من البدوى و من مرید السفر)

قلت: لا- دليل على اشتراط ذلك و أصله عدم الاشتراط تدفعه، و عليه فإن أديا وظيفتهما بنائب فلا وجه لمنعهما و إلا فلا تبقى فى أيديهما.

حصيله البحث:

ص: ٢٣٠

١- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ٣، ص: ٣٢٧

٢- الخلاف، ج ٣، ص: ٥٨٨

٣- النجعه ج ١٠ كتاب اللقطه .

شرائط الملتقط: و لا بدّ من بلوغ الملتقط و عقله و حرّيته إلّا بإذن السّيد فتكون لقطته لقطه السيد، و كذلك تصرف الصبي يصح إذا كان باذن الولي، و لو التقط غير البالغ و غير العاقل بلا اذن من الولي فان شاء الولي امضاه فهو و الّا فلا، و يشترط إسلامه ايضاً إن كان اللّقيط محكوماً بإسلامه، و لا يشترط رشده إلّا إذا استلزم الضرر على اللقيط، و لا عدالته، و لا حضره.

و الواجب حضانته بالمعروف

(و الواجب حضانته بالمعروف)

لا دليل عليه بالخصوص لكن يمكن استفادته من صحيح أبي العباس، عن الصادق (عليه السلام) في خبر «أنّ علياً (عليه السلام) أعتق أبا نيزر و عياضاً و رياحاً و عليهم عماله - كذا و كذا - سنه، و لهم رزقهم و كسوتهم بالمعروف في تلك السنين»^(١) فهو و ان كان وارداً في المملوك إلّا انه لا خصوصيه له بالفهم العرفي إلّا من جهه انه تحت التكفل فيشمل اللقيط .

(و ينفق عليه من بيت المال) برفع الأمر إلى الإمام لأنه معد للمصالح و هو من جملتها .

□
(أو الزكاه) لانه من جمله من يستحقها من سهم الفقراء او المساكين، أو سهم سبيل الله، و لا يترتب بيت المال او الزكاه على الآخر.

ص: ٢٣١

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ١٢٧

(فإن تعذر استعان بالمسلمين) لعدم وجوب نفقته عليه ابتداءً و لذا جاز له الاستعانه بالآخرين .

(فإن تعذر أنفق) الملتقط (و رجع عليه) بعد يساره (إذا نواه) و لو لم ينوه كان متبرعا لا رجوع له عليه و يشهد لجواز الرجوع عليه صحيح ابن محبوب عن محمّد بن أحمد، عنه عليه السّلام: «سألته عن اللقيطه فقال: لا تباع و لا تشتري و لكن تستخدمها بما أنفقت عليها»(١).

و بذلك افتى الشيخ فقال: «إن لم يكن سلطان ينفق عليه من بيت المال كان له الرجوع عليه بما أنفقه إذا لم ينتفع بشىء من جهته من خدمه أو ركوب»(٢).

لكن قيد جواز الرجوع فى صحيحه عبد الرحمن العزرمى عن ابى عبد الله عن ابيه عليهما السّلام: «المنبوذ حر، فاذا كبر فان شاء توالى الى الذى

ص: ٢٣٢

١- وسائل الشيعه ج ٢٥، ص: ٤٦٧ ح ٤ باب ٢٢ و فى التهذيب عن محمد بدل عن محمد بن احمد و لعله هو الصواب و المراد به ابن مسلم و على كل تقدير فالخبر موثوق به لان فى طريقه ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع .

٢- النجعه ج ١٠ كتاب اللقطه

التقطه و الأفليرد عليه النفقه و ليذهب فليوال من شاء»(١) بما اذا لم يرد ان يواليه.

و يؤيده خبر حاتم بن إسماعيل المدائني، عن الصادق عليه السلام: «المنبوذ حرّ فإن أحب أن يوالى غير الذى ربّاه والاه، فان طلب منه الذى ربّاه التّفقه و كان موسرا ردّ عليه و إن كان معسرا كان ما أنفق عليه صدقه»(٢). فيقع التعارض بين منطوق الصحيح الاول و مفهوم صحيح العزرمى و ريب بتقدم النص على الظاهر فالجمع بينهما و بين الصحيح الاول يقتضى انه يجوز للملتقط المطالبه بالنفقه كما هو صريح الصحيح الاول بلا قيد ولا شرط، و ان اللقيط اذا اراد الخروج عن ولاء الملتقط فعليه ان يرد ما انفق عليه و بذلك جمع الإسكافى بقوله: «لو شاء الذى وجده و لا مال معه أن يكون نفقته عليه كالدين يقدم به إلى حاكم المسلمين ليأمره ذلك و يشهد به له فيكون له إذا كبر و أيسر أن يطالبه به فان شاء اللقيط أن يوالى غير الذى ربّاه ردّ عليه نفقته و إن لم يفعل كان له ميراثه و ولاؤه»(٣).

و اما ما فى صحيح على بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام: سألته عن اللقطه إذا كانت جاريه هل يحلّ فرجها لمن التقطها؟ قال: لا إنّما يحلّ له بيعها بما أنفق عليها»(٤) الدال على جواز استرقاق اللقيط و جواز بيعه فمضافا

ص: ٢٣٣

١- وسائل الشيعة ١٧: ٣٧١ الباب ٢٢ من أبواب اللقطه الحديث ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٢٤ ح ٢

٣- النجعه ج ١٠ كتاب اللقطه

٤- مسائل على بن جعفر و مستدركاتهما ص ١٩١

للاعراض عنه معارض بالنصوص المستفيضه الداله على كونه حرا منها صحيح محمّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن اللقيط فقال حرٌّ لا يباع ولا يوهب (١). قيل: و لعلَّ «بيعها» في خبر علي بن جعفر محرّف «استخدامها» فيتفقان (٢). قلت: نعم بقرينه صحيح ابن محبوب المتقدم, و صدر الخبر بانه لا يحل فرجها يعنى بالاسترقاق فانه اذا لم يجر استرقاقها كيف جاز بيعها, و الّا لتناقض الصدر مع الذيل و سقطت الروايه عن الاعتبار .

و لا ولاء عليه للملتقط

(و لا ولاء عليه للملتقط)

و لا لغيره من المسلمين و به قال الشيخان (٣), خلافا للإسكافي فقال: «فان شاء اللقيط أن يوالى غير الذى ربّاه ردّ عليه نفقته و إن لم يفعل كان له ميراثه و ولاؤه» (٤).

اقول: الاصل هو انه لا- ولاء لاحد عليه, نعم له ان يوالى الذى التقطه و له ان يوالى غيره فان والى غيره ردّ عليه نفقته و ذلك لصحيح العزرمي «المنبوذ حر، فاذا كبر فان شاء توالى الى الذى التقطه و الّا فليرد عليه النفقه و

ص: ٢٣٤

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٢٥ ح ٥

٢- النجعه ج ١٠ كتاب اللقطه

٣- النجعه ج ١٠ كتاب اللقطه

٤- النجعه ج ١٠ كتاب اللقطه

ليذهب فليوال من شاء»^(١)، واما قول الاسكافي: «و إن لم يفعل كان له ولاؤه و ميراثه» فلا- دليل عليه لانه إنما له من تركته نفقته لأنه كان واجبا عليه الردّ بدلاله صحيح العزرمي و الباقي لبيت المال إن لم يوال غيره و إلّا فله.

حصيله البحث:

و الواجب حضانته بالمعروف و مع تعدّره ينفق عليه من بيت المال أو الزكاه، فإن تعدّرت استعان بالمسلمين، فإن تعدّرت أنفق و رجع عليه إذا نواه و لا- ولاء عليه للملتقط و لا لغيره من المسلمين نعم له ان يوالى الذى التقطه و له ان يوالى غيره فان والى غيره ردّ على الملتقط نفقته.

و إذا خاف عليه التلف وجب أخذه كفايه

(و إذا خاف عليه التلف وجب أخذه كفايه) كما تقدم البحث عنه.

(و إلّا استحبّ أخذه) لأصالة عدم الوجوب مع ما فيه من المعاونه على البر قال تعالى ﴿وتعاونوا على البر و التقوى﴾ و فى صحيح معاوية بن وهب «كل معروف صدقه»^(٢).

(و كلّ ما بيده أو تحته أو فوقه فله) لدلاله اليد ظاهرا على الملك.

ص: ٢٣٥

١- وسائل الشيعة ١٧: ٣٧١ الباب ٢٢ من أبواب اللقطه الحديث ٣

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٤ ص ٢٦ باب فضل المعروف .

(و لا- ينفق منه) اى من مال اللقيط (ألمّا بإذن الحاكم) و اما الانفاق من غير ماله فلا يحتاج الى اذن الحاكم و ذلك لان ظاهر الادله عدم الاحتياج الى اذن الحاكم .

(و يستحب الاشهاد على أخذه) عند المصنف و للعامّه قول بوجوبه(١) و لم نقف فى أخبارنا على استحبابه، بل فى أخبار العامه فعن عياض بن حمار قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من وجد لقطه فليشهد ذا عدل أو ذوى عدل و لا يكتم و لا يغيب، فان وجد صاحبها فليردها عليه، و الّا فهو مال الله يؤتية من يشاء»(٢).

و يحكم بإسلامه إن التقط فى دار الإسلام مطلقاً

(و يحكم بإسلامه إن التقط فى دار الإسلام مطلقاً) و لو كانت دار الإسلام تحت سيطره أهل الكفر و يشهد لكونه ملحقاً بالمسلمين صحيح إسحاق بن عمّار عن العبد الصّالح (عليه السلام) أنّه قال: لا بأس بالصّلاه فى الفراء اليمانيّ و فيما صنع فى أرض الإسلام قلت فإن كان فيها غير أهل الإسلام قال إذا كان الغالب عليها المسلمين فلا بأس(٣) بتقريب ان طهاره الفراء تابعه لكون الارض ارض المسلمين و المفهوم منه ان الملاك فى الحكم باسلام تلك

ص: ٢٣٦

١- المبسوط فى فقه الإماميه، ج ٣، ص: ٣٢٢

٢- تفسير سنن ابى داوود (معالم السنن) لابى سليمان الخطابى ج ١ ص ٣٥٧

٣- وسائل الشيعه، ج ٣، ص: ٤٩٢ ح ٥

الأرض هو كون الغالب عليها أهل الإسلام و عليه فالحكم بإسلام أهلها يشمل صغارها .

(أو في دار الحرب و فيها مسلم) يمكن تولده منه عند المصنف و لا دليل له.

و اما استدلال الشيخ في المبسوط لذلك بقوله (عليه السلام) «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه» فشموله لدار الحرب غير واضح بل معارض بصحيح إسحاق بن عمار المتقدم «قلت فإن كان فيها غير أهل الإسلام قال إذا كان الغالب عليها المسلمين فلا بأس» الدال بمفهومه على ان الغالب عليها لو كان أهل الكفر فهي محكومته بالكفر و عليه فالأقوى ان لقيطها محكوم بالكفر ابتداءً و عليه فيجوز استرقاقه, و بذلك صرح المفيد فقال: إن الحكم في الدار على الأغلب فيها و كل موضع غلب فيه الكفر فهو دار كفر و كل موضع غلب فيه الإيمان فهو دار إيمان و كل موضع غلب فيه الإسلام دون الإيمان فهو دار إسلام قال الله تعالى في وصف الجنة {وَلَنِعْمَ دَارُ الْمُتَّقِينَ} و إن كان فيها أطفال و مجانين و قال في وصف النار {سَيَأْرِيكُمْ دَارَ الْفَاسِقِينَ} و إن كان فيها ملائكة الله مطيعون فحكم على كلتا الدارين بحكم الأغلب فيها(١).

ثم انه لو الحق بالكافر يحكم بكفره للتبعيه كما تقدم في باب المطهرات(٢).

ص: ٢٣٧

١- أوائل المقالات في المذاهب و المختارات، ص: ٩٤

٢- الدرر الفقيهيه ج ١ ص ٢٣٩

(و عاقلته الامام) دون الملتقط لانه وارث من لا وارث له و هو المراد من قول الشيخين «ولأؤه للمسلمين» كما فى المقنعه: «فان لم يتوال أحدا حتى مات كان ولأؤه للمسلمين و إن ترك مالا كان ماله لبيت مال المسلمين» و نحوه فى النهايه (1).

هذا إذا لم يتوال أحدا بعد بلوغه و ألّا كان ولأؤه لمن توالاه كما تقدم فى صحيح العزرمى و غيره .

حصيله البحث:

و إذا خاف على اللقيط التّلف و جب أخذه كفايّه و إلّا استحبّ، و كلّ ما بيده أو تحته أو فوقه فله و لا ينفق من ماله إلّا بإذن الحاكم و اما الانفاق من غير ماله فلا يحتاج الى اذن الحاكم، و لا يستحبّ الإشهاد على أخذه، و يحكم بإسلامه إن التقط فى دار الإسلام مطلقا و لو كان الغالب على الدار اهل الكفر فهى محكوم به بالكفر و عليه فالاقوى ان لقيطها محكوم بالكفر ابتداءً و يجوز استرقاقه، و عاقلته الإمام إذا لم يتوال أحدا بعد بلوغه و ألّا كان ولأؤه لمن توالاه .

ص: ٢٣٨

١- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ٣٨، ص: ١٨٩

و ان اختلفا فى الإنفاق

(و لو اختلفا) الملتقط و اللقيط بعد البلوغ (فى الإنفاق) فادعاه الملتقط و أنكره اللقيط، (أو) اتفقا على أصله، و اختلفا فى (قدره حلف الملتقط فى قدر المعروف) و به قال الشيخ فى المبسوط للعلم بالإنفاق و عليه فلا يصر الى اصل عدم الإنفاق و اما مع عدم العلم إلا ان الظاهر هو الانفاق فهل يقدم على الاصل قيل بتقديمه لاقوائمه و الصحيح انها لا توجب تقدمه لعدم الدليل، و أما ما زاد على المعروف فلا يلتفت إلى دعواه فيه، لأنه على تقدير صدقه مفرط، و لو قدر عروض حاجه إليه فالأصل عدمها.

و لو تشاح ملتقطان أقرع

(و لو تشاح ملتقطان) فى أخذه قدم السابق إلى أخذه كما تقدم فإن استويا (أقرع) بينهما و حكم به لمن أخرجته القرعه لعموم قولهم عليهم السّلام: القرعه لكل أمر مجهول، و صحيح حماد و هو من اصحاب الاجماع عن اخيره عن حريز، عن أبى جعفر (عليه السلام) أول من سوهم عليه مريم بنت عمران و هو قوله تعالى «وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَامُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ - الخبير» و فيه «ثم سوهم على يونس، ثم على عبد الله أبى النبى صلى الله عليه و آله»^(١).

(و لو ترك أحدهما للآخر جاز) للعمومات و عدم المانع منه .

ص: ٢٣٩

(و لو تداعى بنوّته اثنان و لا بينه) لاحدهما أو لكل منهما بينه (فالقرعه، و لا ترجيح بالإسلام على قول الشيخ) فى الخلاف حيث قال: «الحرّ و العبد و المسلم و الكافر فى دعوى النسب سواء و لا مزيّه لأحدهم و به قال الشافعيّ، و قال أبو حنيفه: الحرّ أولى من العبد و المسلم من الكافر، دليلنا عموم الاخبار و لم يخصّوا كافرا من مسلم و لا عبدا من حرّ»^(١)، لكنه اختار فى المبسوط الترجيح به فقال: «الحرّ و العبد و الكافر و المسلم فى دعوى النسب سواء لا مزيه لأحدهم على صاحبه، و قال قوم الحرّ أولى من العبد، و المسلم أولى من الكافر و هذا أقوى»^(٢) و ذلك للحكم بإسلام اللقيط على تقدير أن يكون اللقيط محكوما بإسلامه.

و فيه: ان الحكم بإسلامه على تقديره اعم من كونه متولدا من مسلم، و الحكم بإسلامه و عدمه قد تقدم فى التبعية من المطهرات من كتاب الطهاره^(٣).

(و لا ترجيح بالالتقاط)

بل الملتقط كغيره فى دعوى نسبه و استدل له الشيخ فى المبسوط بقوله: «و اليد لا تأثير له هيهنا لأنّ اليد إنّما يكون له تأثير فى ما يملك و النسب ليس كذلك»^(٤).

ص: ٢٤٠

١- الخلاف؛ فى ٢٥ من مسائل اللقطه

٢- المبسوط ج ٣ ص ٣٥٠

٣- الدرر الفقيهيه ج ١ ص ٢٤٠

٤- المبسوط ج ٣ ص ٣٤٨

حصيله البحث:

و لو اختلفا فى الإنفاق أو قدره حلف الملتقط فى المعروف، و لو تشاح ملتقطان أقرع و لو ترك أحدهما للآخر جاز، و لو تداعى بنوته اثنان و لا بينه فالقرعه، و لا ترجيح بالإسلام و لا بالالتقاط.

(الفصل الثانى فى لقطه الحيوان)

اشاره

(و تسمى ضالّه) ذكر ذلك المبسوط لكن لا اختصاص للضاله بالحيوان بل تجىء لغير الحيوان أيضا كما كثير من الاخبار منها صحيح صفوان الجمال، عن الصادق عليه السلام: «من وجد ضالّه فلم يعرّفها، ثم وجدت عنده فإنّها لربّها و مثلها من مال الذى كتمها»(١).

و أخذه فى صوره الجواز مكروه

(و أخذه فى صوره الجواز) كما فى اخذ الشاه (مكروه للنهى عنه)

ص: ٢٤١

١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٣ باب اللقطه و الضاله .

لصحيح معاويه بن عمّار عن الصّادق (عليه السلام) «قال: سأل رجل النّبي صلّى الله عليه وآله عن الشّاه الضالّه بالفلاه، فقال للسائل: هي لك أو لأخيک أو للذّئب، قال: و ما أحب أن أمسّها»^(١).

و هل يستحبّ الاشهاد عليه؟

(و يستحبّ الاشهاد) عليه عن المصنف, قلت: أما استحباب الإشهاد فذكره الخلاف و لم يذكر له دليلاً عدا الاجماع فقال: «و لا دليل أيضاً على وجوب الاشهاد، و استحبابه مجمع عليه»^(٢) و هو كما ترى .

(و لو تحقّق التلف لم يكره)

اخذه لحفظه لانه من المعروف و احسان, هذا و فى المبسوط «قيل: يجب الأخذ و قيل: يستحب، و هو الأقوى لأن الأصل براءة الذمه، و لا دليل على وجوب أخذها و قد روى أصحابنا كراهه أخذها مطلقاً»^(٣).

و البعير و شبهه إذا وجد فى كلاء و ماء صحيحاً ترك

(و البعير و شبهه إذا وجد فى كلاء و ماء صحيحاً ترك)

ص: ٢٤٢

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٦ ص ٣٩٤ باب اللقطه و الضاله

٢- الخلاف؛ ج ٣، ص: ٥٨١

٣- المبسوط ج ٣ ص ٣٢٢

و جوباً لما تقدم من صحيح معاوية بن عمّار «و سئل عن البعير الضّالّ فقال للسّائل ما لك و له خفّه حذاؤه و كرشه سقاؤه خلّ عنه»^(١) و صحيح هشام بن سالم عن الصّادق (عليه السلام) جاء رجل إلى النّبىّ صلّى الله عليه و آله فقال: أنى وجدت شاه فقال صلّى الله عليه و آله: هى لك أو لأخيک أو للذئب فقال: إنى وجدت بعيرا فقال: معه حذاؤه و سقاؤه، حذاؤه خفّه و سقاؤه كرشه فلا تهجه»^(٢) و غيرهما.

و فى جواز الاخذ بنيه الحفظ لمالكه و جهان: من كونه احسانا، و من إطلاق الأخبار بالنهى و هو الاقوى .

(فيضمن بالأخذ) لعموم ادله الضمان .

(و لا يرجع أخذه بالنفقة) حيث لا يرجح أخذه لحرمة او كراهته، لتبرعه بها، نعم مع وجوب الاخذ فالأقوى جوازه مع نيته، لأنه محسن، و لأن إذن الشارع له فى الأخذ مع عدم الإذن فى النفقه ضرر، و أما مع استحباب الاخذ فلا وجه لجواز الرجوع فيها بل هو من مصاديق التبرع بها .

□
(و لو ترك من جهد لا فى كلاء و ماء أبيع) أخذه و ملكه الآخذ و إن وجد مالكة و عينه قائمه لصحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق (عليه السلام): «من

ص: ٢٤٣

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٦ ص ٣٩٤ باب اللقطة و الضاله

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٤٠ باب اللقطة و الضاله

أصاب مالا، أو بعيرا فى فلاه من الأرض قد كلت و قامت (١) و سبيها (٢) صاحبها لما لم تتبعه فأخذها غيره فأقام عليها (٣) و أنفق نفقه حتى أحيها من الكلال، و من الموت فهى له، و لا سبيل له (٤) عليها، و إنما هى مثل الشىء المباح (٥) و غيرها.

حصيله البحث:

يكره أخذ الحيوان فى صورته جواز الأخذ كما فى أخذ الشاه فى الفلاه، و لا يستحب الإشهاد، و لو تحققت التلف لم يكره و البعير و شبهه إذا وجد فى كلالٍ و ماءٍ صحيحاً ترك و جوبا فيضمن بالأخذ و لا يرجع أخذه بالتفقه، و لو ترك من جهدٍ لا فى كلالٍ و ماءٍ أبيع أخذه و ملكه الآخذ و إن وجد مالكة و عينه قائمه.

حكم الشاه فى الفلاه

(و الشاه فى الفلاه) التى يخاف عليها فيها السباع (تؤخذ) جوازا (لأنها لا تمتنع من صغير السباع) لصحيح معاوية بن عمّار عن الصادق (عليه السلام) «قال:

ص: ٢٤٤

- ١- أى بقيت هناك و لم تتمكن من السير.
- ٢- أى أهملها و تركها.
- ٣- أى الملتقط بقى عندها حتى صحت.
- ٤- أى لمالكها الأول.
- ٥- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٤٠ باب اللقطه و الضاله

سأل رجل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنْ الشَّاهِ الضَّالِّهِ بِالْفَلَاهِ، فَقَالَ لِلسَّائِلِ: هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ، قَالَ: وَ مَا أَحَبُّ أَنْ أَمْسَهَا»(١).

(و حينئذ يملكها إن شاء) بحكم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «للسائل: هي لك» .

(و في الضمان) لملكها على تقدير ظهوره إذا تملكها (وجه) جزم به المصنف في الدروس و به قال الشَّيْخَانِ وَ الدَّيْلَمِيُّ وَ ابْنِ حَمْزَةَ وَ ابْنِ زَهْرَةَ وَ الْحَلِّيَّ وَ يَشْهَدُ لَهُ صَحِيحُ عَلِيِّ ابْنِ جَعْفَرٍ، عَنْ أَخِيهِ فِي خَبَرٍ «قَالَ: وَ سَأَلْتَهُ عَنِ الرَّجُلِ يَصِيبُ دَرَهْمًا أَوْ ثَوْبًا أَوْ دَابَّةً كَيْفَ يَصْنَعُ؟ قَالَ: يَعْرِفُهَا سَنَهُ، فَإِنْ لَمْ تَعْرِفْ جَعَلَهَا فِي عَرْضِ مَالِهِ حَتَّى يَجِيءَ طَالِبُهَا فَيُعْطِيهَا إِتْيَاهُ، وَ إِنْ مَاتَ أَوْصَى بِهَا وَ هُوَ لَهَا ضَامِنٌ»(٢) بتقريب ان قوله (عليه السلام) «جعلها في عرض ماله» بمعنى انه يجوز له قصد التملك و قد حكم الامام (عليه السلام) في ذيل الصحيح بكونه ضامنا .

و فيه: انه لم يعلم كون موضوع الضمان فيها هو قصد تملكها بل الظاهر انه لو اتلفها فهو لها ضامن كما في معتبر السَّيِّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) سَأَلَ عَنْ سَفَرِهِ وَجَدَتْ فِي الطَّرِيقِ مَطْرُوحَةً كَثِيرًا لِحْمِهَا وَ خَبْزَهَا وَ بَيْضَهَا وَ جَبْنَهَا وَ فِيهَا سَكِّينٌ فَقَالَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) يَقُومُ مَا فِيهَا

ص: ٢٤٥

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٤ باب اللقطة و الضاله

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ باب اللقطة و الضاله

ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاءً فإن جاء طالبها غرموا له الثمن»(١) و هو و ان كان موضوعه سفره طعام لكنه شامل لما نحن فيه بالفهم العرفي لعدم خصوصيه في ذلك .

و هل يتوقف تملكها على التعريف؟ قيل: نعم، لأنها مال فيدخل في عموم الأخبار الداله على وجوبه و لخصوص صحيح صفوان الجمال عن الصادق (عليه السلام) «من وجد ضالّه فلم يعرّفها، ثم وجدت عنده فإنّها لربّها و مثلها من مال الذي كتمها»(٢).

و صحيح عليّ ابن جعفر، عن أخيه في خبر «قال: و سألته عن الرّجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابّه كيف يصنع؟ قال: يعرّفها سنه - الخبر»(٣).

و يؤيد ذلك خبره الاخر عن أخيه عليه السّلام: «سألته عن رجل أصاب شاه في الصّيحراء هل تحلّ له؟ قال: قال النبيّ صلّى الله عليه و آله: هي لك أو لأخيك أو للذئب فخذها و عرّفها حيث أصبتها فإن عرفت فردّها إلى

ص: ٢٤٤

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ٢٩٧ ح ٢
٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٤١؛ و الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٤، و التهذيب ج ٦ ص ٣٩٣ ح ٢٠؛ و فيه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

٣- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ باب اللقطه و الضاله

صاحبها و إن لم تعرف فكلها و أنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّ عليه ثمنها»(١).

□
و قيل: بالعدم لقوله صلى الله عليه و آله: «هى لك» فإن المتبادر منه عدم وجوبه, و فيه: انه اعم و ذلك لظهوره فى اصل جواز الاخذ فالأقوى وجوب التعريف للعمومات .

و حيث وجب التعريف فهو سنه كما تقدم ذلك فى صحيح ابن جعفر.

و أمّا خبر ابن أبى يعفور، عن الصّادق (عليه السلام) قال: جاء رجل من أهل المدینه فسألنى عن رجل أصاب شاه؟ قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثه أيام و يسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها و إلّا باعها و تصدّق بثمنها»(٢) ففضيّه فى واقعه، مع أنه فى طريقه الهمدانى الوضاع، و لم يتضمّن أنه وجدها فى فلاه فلعلّه وجدها فى العمران و كان الواجد عاجزا عن إبقائها .

هذا و له ان يبقياها امانه كما قال المصنف: (أو يبقياها أمانه) لعدم وجوب تملكها (أو يدفعها إلى الحاكم) لانه ولى الغائب .

ص: ٢٤٧

١- قرب الإسناد (ط - الحديثه) ص ٢٧٣

٢- التّهذيب (فى ٣٦ من أخبار لقطته)

(و كذا ما لا يمتنع من صغير السباع) حكمه حكم الشاه و ان كان النص واردا في الشاه الا انه لا خصوصيه لها عرفا فعليه يلحق بها غيرها و باللاحق قال في المبسوط (١).

حصيله البحث:

و الشاه في الفلاه تؤخذ لأنها لا تمتنع من صغير السباع و حينئذٍ يتملكها إن شاء بعد تعريفها سنه، و عليه ضمانها ان اكلها، و له ان يبقياها أمانه أو يدفعها إلى الحاكم، و كذا كل ما لا يمتنع من صغير السباع .

حكم ما لو وجدت الشاه في العمران

(و لو وجدت الشاه في العمران احتبسها ثلاثه أيام فان لم يجد صاحبها باعها و تصدق بثمانها)

عند المصنف لخبر ابن أبي يعفور، عن الصادق (عليه السلام) قال: جاء رجل من أهل المدينه فسألني عن رجل أصاب شاه؟ قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثه أيام و يسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها و إلا باعها و تصدق بثمانها» (٢).

اقول: و من الغريب عمل المصنّف بهذا الخبر مع تفرد التهذيب بروايته و عدم شهره مضمونه، و في طريقه محمد بن موسى الهمدانيّ الوضاع الذي

ص: ٢٤٨

١- النجعه ج ١٠ كتاب اللقطه

٢- التهذيب (في ٣٦ من أخبار لقطته)

استثناه ابن الوليد و ابن بابويه من روايات محمّد بن أحمد بن يحيى، و قد أخذته التهذيب عنه، مع أنّه يرّدّه عموم صحيح عليّ ابن جعفر، عن أخيه (عليه السلام) في خير «قال: و سألته عن الرّجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابّه كيف يصنع؟ قال: يعزّها سنه، فان لم تعرف جعلها في عرض ماله حتّى يجيئ طالبها فيعطئها إيّاه، و إن مات أوصى بها و هو لها ضامن» (1) و به نخرج عن مقتضى قاعده عدم جواز التصرف في مال الغير من دون احراز طيب نفسه.

و هل لا يشترط في الأخذ إلّا الأخذ؟

(و لا- يشترط في الأخذ إلّا الأخذ فتقر يد العبد على الضّالّه و الولي على لقطه غير الكامل و الإنفاق كما مر) في الإنفاق على اللقيط، و المراد انه ليس أخذ الضّالّه مثل أخذ اللقيط الذي قلنا فيه: يشترط بلوغ الملتقط و عقله و غيرهما.

و فيه: انه لا اثر ليد العبد و غير البالغ بلا اذن من المولى و الولي، فان شاء الولي امضاه فهو و الآ فلا.

(و لو انتفع) الأخذ بالظهر، و الدر، و الخدمه مثلا (قاص) المالك بالنفقه، و رجع ذو الفضل بفضله كما هو مقتضى القواعد. و الاقوى ان الانتفاع يكون بإزاء النفقه للتهاتر بين الحقين .

ص: ٢٤٩

(و لا يضمن) الآخذ (الّا بالتفريط) كما هو معلوم .

(أو قصد التملك)

كما تقدم البحث عنه مفصلا عند قول المصنف «و فى الضمان وجه» .

و ممّا يوجب الضمان ما إذا لم يعرّفها، و يمكن جعله من التفريط كما دل على ذلك صحيح صفوان الجمال عن الصادق (عليه السلام) «من وجد ضالّه فلم يعرّفها، ثم وجدت عنده فإنّها لربّها و مثلها من مال الذى كتمها»^(١).

و ممّا يوجبه ايضا ما إذا نوى أخذ جعله كما فى معتبر الحسين بن زيد^(٢) عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليهم السلام «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول فى

ص: ٢٥٠

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٤١؛ و الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٤، و التهذيب ج ٦ ص ٣٩٣ ح ٢٠؛ و فيه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

٢- الحسين بن زيد بن على بن الحسين عليهما السلام هو الذى يلقب ذا الدمعه و يكنى أبا عبد الله، و لم يوثق صريحا فى كتب رجالنا الا ان الصدوق اعتمد كتابه و جعله فى عداد مصادر فتواه، نعم وثقه الدارقطنى من العامّة، و الطريق اليه لا اشكال فيه الّا من جهه محمد بن على ماجيلويه و هو ثقة على التحقيق فالسند معتبر .

الضَّالَّة يجدها الرَّجُل فينوي أن يأخذ لها جعلًا فتنفق قال: هو ضامن لها، فإن لم ينو أن يأخذ لها جعلًا فنفتت فلا ضمان عليه»(١) و به عمل الفقيه.

حصيله البحث:

قيل: و لو وجدت الشَّاه في العمران احتبسها ثلاثة أيامٍ فإن لم يجد صاحبها باعها و تصدَّق بثمانها. قلت: الاقوى انها كغيرها في الحكم كما تقدم .

ولا اثر ليد العبد و غير البالغ بلا- اذن من المولى و الولي، فان شاء الولي امضاه فهو و الآ فلا، و لو انتفع الاخذ قاص المالك بالنفقة، و لا يضمن إلا بتفريطٍ او إذا لم يعرّفها، او إذا نوى أخذ جعله.

(الفصل الثالث في لقطه المال)

حكم لقطه الحرم

(و ما كان منه في الحرم حرم أخذه) بنيه التملك مطلقا قليلا كان أم كثيرا عند المصنف لقوله تعالى: ﴿أَمْ لَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا﴾(٢) بتقريب ان جعل الحرم المكي آمنا يلزم تحريم اخذ اللقطه منه.

ص: ٢٥١

١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ باب اللقطه و الضاله

٢- العنكبوت: الآية ٦٧

و لصحيحه الفضيل بن يسار: «سألت ابا جعفر عليه السلام عن لقطه الحرم فقال: لا تمس ابدا حتى يجىء صاحبها فيأخذها. قلت: فان كان مالا كثيرا قال: فان لم يأخذها الاً مثلك فليعرفها»(١).

و صحيحه يعقوب بن شعيب: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن اللقطه و نحن يومئذ بمنى فقال: اما بأرضنا هذه فلا يصلح، و اما عندكم فان صاحبها الذى يجدها يعرفها سنه فى كل مجمع ثم هى كسبيل ماله»(٢).

اقول: و لا يخفى ما فى الاستدلال من الاشكال اما الاول فلان جواز اخذ لقطه الحرم لغرض تعريفها و ايصالها الى صاحبها لا ينافى جعله آمنا، فان المراد من جعله آمنا كون الانسان فيه آمنا على نفسه و ماله من القتل و النهب و لو بحق، و اما الثانى فلان الصحيحه بلحاظ ذيلها ادل على الجواز، و اما الثالث فلان تعبير «لا يصلح» بعد ملاحظه صحيحه فضيل السابقه يراد به الكراهه، و عليه فالاقوى هو القول بالجواز مع الكراهه.

و يؤكد الجواز ايضا صحيح ابراهيم بن عمر عن ابي عبد الله عليه السلام: «اللقطه لقطتان: لقطه الحرم و تعرف سنه، فان وجدت صاحبها و الاً

ص: ٢٥٢

١- وسائل الشيعه ٩: ٣٦١ الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ٢

٢- وسائل الشيعه ٩: ٣٦١ الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ١

تصدقّت بها، و لقطه غيرها تعرف سنه فان لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك»(١).

(و) على القول بالتحريم (لو أخذه حفظه لربه) قيل: لأنه يصير بعد الأخذ أمانه شرعيه. و فيه ما سيأتي.

(و إن تلف بغير تفريط لم يضمن) عند المصنف, و فيه: انه على القول بالتحريم لا يكون امانه شرعيه لنهي الشارع عن أخذها و عليه فالمناسب للقول بالتحريم هو ثبوت الضمان مطلقاً فرط أم لا.

(و ليس له تملكه) قل أم كثر كما يشهد لذلك اطلاق صحيح حريز عن الصادق عليه السلام: «قال النبي صلى الله عليه و آله في خبر في فتح مكّه: و لا تحلّ لقطتها إلّا لمنشد»(٢) و صحيح ابراهيم بن عمر الاتي.

(بل يتصدق به) لصحيح ابراهيم بن عمر عن ابي عبد الله عليه السلام: «اللقطه لقطتان: لقطه الحرم و تعرّف سنه، فان وجدت صاحبها و الّا تصدقت بها، و لقطه غيرها تعرف سنه فان لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك»(٣).

و معتبر على بن ابي حمزه عن الكاظم عليه السلام «قال سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه قال: بش ما صنع ما كان ينبغي له أن يأخذه

ص: ٢٥٣

١- وسائل الشيعة ٩: ٣٦١ الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ٤

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٢٢٦

٣- وسائل الشيعة ٩: ٣٦١ الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ٤.

قال: قلت قد ابتلى بذلك قال: يعرفه قلت: فإنه قد عرفه فلم يجد له باغيا فقال: يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين...»(١) نعم الاشكال في سنده من جهة البطائني إلا انه ثقه على التحقيق كما تقدم .

و اما خبر محمّد بن رجا الأرجاني «قال: كتبت إلى الطيب عليه السّلام أتى كنت في المسجد الحرام فرأيت دينارا فأهويت إليه لأخذه فإذا أنا بآخر، ثمّ نحيت الحصى فإذا أنا بثالث فأخذتها فعرفتها فلم يعرفها أحد فما ترى في ذلك؟ فكتب عليه السّلام فهتم ما ذكرت من أمر الدينانير فان كنت محتاجا فتصدّق بثلتها و إن كنت غنيا فتصدّق بالكلّ»(٢) الدال على جواز تملك الثلثين منه ان كان فقيرا و به أفتى الإسكافي(٣) كما هو ظاهر الكافي و

ص: ٢٥٤

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٥ رواه عن كتاب الصيّفّار عن محمّد بن الحسين، عن وهيب، عن أبي بصير عن عليّ بن أبي حمزة، عنه عليه السّلام، و رواه (في زيادات فقه حنّبه في خبره ١٠٨) «عن كتاب موسى بن القاسم، عن ابن جبلة، عن عليّ بن أبي حمزة قال: سألت العبد الصالح عليه السّلام ..» و الصّواب إسناده الثاني فعلى بن أبي حمزة يروى عن أبي بصير لا بالعكس، و الظاهر أنّ «أبي بصير» فيه محرّف «ابن جبلة» .

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٤ ص ٢٣٩؛ و رواه الفقيه في ٥ من لقطته «عن محمّد بن رجاء الخياط»، و رواه التهذيب في ٢٨ من أخبار لقطته مثل الفقيه.

٣- مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، ج ١٧، ص: ١٠٠

الفقيه, فمضافا لضعفه سندا بالارجاني الظاهر اعراض الاصحاب عن العمل به.

و اما خبر الفضيل بن غزوان «قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له الطيار: إنني وجدت دينارا في الطواف قد انسحق كتابته، فقال: هو له» (١) الدال على جواز تملك لقطه الحرم و به أفتى الصدوقان (٢) كما هو ظاهر الكافي، فهو و ان رواه ابن ابي عمير صحيحا عن ابن غزوان إلا انه معارض بما هو اقوى منه المعتضد بعمل المشهور مما تقدم و عليه فلا وثوق به.

(و في الضمان) لو تصدق به بعد التعريف و ظهر المالك فلم يرض بالصدقه (خلاف) منشؤه من عموم ادله الضمان و من إتلافه مال الغير بغير إذنه، و دلالة ما تقدم من الصحيح و غيره على ضمان المتصدق لو كره المالك.

و من كونه أمانه قد دفعها بإذن الشارع فلا- يتعقبه الضمان، و لأصالة البراءة. و فيه: انه اجتهاد قبال النص فالقول بالضمان هو الأقوى.

ص: ٢٥٥

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٢٣٩؛ و رواه التهذيب في ٢٧ من أخبار لقطته عن كتاب أحمد الأشعري و فيه: «فقال له الطيار: إن حمزه ابني وجد- الخبر» و الظاهر وقوع سقط في الكافي لكون الأصل فيهما واحدا .

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٧ و مرآة العقول ج ١٧، ص: ١٠٠

(ولو أخذته بنيه الإنشاد لم يحرم) لما تقدم من صحيح حريز عن الصادق عليه السلام: «قال النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله في خبر في فتح مكّة: ولا تحلّ لقطتها إلّا لمنشد»(١).

(و يجب تعريفه حولاً على كل حال)

كما تقدم في صحيح ابراهيم بن عمر عن ابي عبد الله عليه السلام: «اللقطه لقطتان: لقطه الحرم و تعرّف سنه...» نعم مع اليأس عن صاحبها يسقط التعريف كما هو مقتضى القاعده و هو الظاهر من المعتبر المتقدم الدال على جواز التصديق بها مع اليأس عن صاحبها ففيه: « فإنه قد عرفه فلم يجد له باغياً فقال: يرجع إلى بلده فيتصدق به...» فانه لا يحتمل فيه انه قد عرفها سنه.

و هل وجوب التعريف و التصديق يعمّ اللقطه التي لا تبلغ الدرهم أيضاً؟ فقد يقال بعدم لزوم تعريفها و التصديق بها حتى اذا كانت في الحرم, و ذلك لان صحيحه ابراهيم بن عمر لا اطلاق لها للقطه الاقل من الدرهم حيث انها تتحدث عن اللقطه التي يجب تعريفها سنه سواء كانت في الحرم أم في غيره, و ليست هي إلّا ما كانت درهما فما زاد, و معه تعود مرسله محمد بن ابي حمزه - الشامله باطلاقها للقطه الحرم - بلا معارض فيتمسك باطلاقها.

و فيه: ان استثناء ما دون الدرهم يختص بلقطه غير الحرم و لا - اطلاق فيه ليشمل الحرم و عليه فالاقوى و جوب التصديق بلقطه الحرم قل ام كثر .

ص: ٢٥٦

لقطه الحرم: قيل يحرم أخذها و الاقوى الكراهه سواء أخذها بتيه الإنشاد ام بغيره, و لو أخذها حفظها لرّبها و إن تلفت بغير تفريط ضمنها, و ليس له تملكها قلت ام كثرت بل يتصدق بها, و لو ظهر المالك و لم يرض بالتصدق ضمن, و يجب تعريفها حولاً على كلّ حال و مع اليأس عن صاحبها يسقط التعريف و جاز التصديق بها.

حكم لقطه غير الحرم

(و ما كان في غير الحرم يحل منه دون الدرهم^(١) من غير تعريف)

كما هو المشهور بل لا خلاف فيه يعرف بين الاصحاب و يشهد لذلك صحيح ابن ابي عمير و هو من اصحاب الاجماع عن محمد بن ابي حمزه عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام: «سألته عن اللقطه قال: تعرف سنه قليلا كان أو كثيرا. قال: و ما كان دون الدرهم فلا يعرف»^(٢) و به عمل الكليني^(٣) و الفقيه حيث قال: و إن كانت اللقطه دون درهم فهي لك لا تعرفها^(٤).

ص: ٢٥٧

-
- ١- المقصود من الدرهم الشرعى هو الفضة المسكوكه, قيل: و قيمته تعادل ثلاثه غرامات الأ ربع عشر الغرام تقريبا .
 - ٢- وسائل الشيعة ج ٢٥ ص ٤٤٦ الباب ٤ من أبواب اللقطه الحديث ١
 - ٣- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٣٧ باب اللقطه و الضاله
 - ٤- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ باب اللقطه و الضاله

ثم انه بناء على عدم وجوب التعريف هل يكون الحكم هو وجوب التصدق او جواز التملك؟ المعروف بين الاصحاب جواز قصد التملك كما هو ظاهر الصحيح فان استثناء ما دون الدرهم من حكم اللقطة - يعنى من وجوب تعريفها ثم التصدق بها او تملكها - يدل على جواز تملكها كما فهمه الاصحاب و به صرح الصدوق فى عبارته السابقه كما و ان له التصدق بها, و لا يخفى ان عبارته الصدوق ليست بروايه كما توهمه صاحب الوسائل (١).

(و ما عداه يتخير الواجد فيه بعد تعريفه حولا- بنفسه و بغيره) لحصول الغرض بهما و اطلاق دليل التعريف (بين الصدقه به و التملك و يضمن فيهما) عند المصنف و الاقوى انه لا يضمنها بمجرد نيه التملك (و بين إبقائه امانه و لا يضمن)

اما تعريفها سنه فتشهد له النصوص المستفيضه منها صحيح الحلبي، عنه (عليه السلام) «فى اللقطة يجدها الرجل الفقير أ هو فيها بمنزله الغنى؟ قال: نعم و اللقطة يجدها الرجل و يأخذها؟ قال: يعرّفها سنه فان جاء لها طالب و الّا فهى كسبيل ماله، و كان على بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله لا تمسوها» (٢)، قلت: و المراد من كون الفقير فى اللقطة بمنزله الغنى هو كون الفقير مثل الغنى فى وجوب التعريف .

و اما خبر أبان بن تغلب «أصبت يوما ثلاثين دينارا فسألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك فقال لى أين أصبته؟ فقلت له: كنت منصرفا إلى منزلى فأصبتها،

ص: ٢٥٨

-
- ١- وسائل الشيعة ٢٥ ص ٤٤٣ الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث ٩
 - ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٨٩ ح ٣ باب اللقطة و الضاله

قال: فقال صر إلى المكان الذي أصبت فيه فتعرّفه، فان جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فأعطه و الّا تصدّق به»(١) فمضافا لضعفه بمحمّد بن موسى الهمدانيّ الكذاب في طريقه هو خبر شاذّ فالأخبار متّفقه على أنّ التعريف في سنه و هو تضمّن ثلاثة أيّام .

و اما خبر أبي بصير، عن الباقر عليه السّلام: «من وجد شيئا فليتمتّع به حتّى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه ردّه إليه»(٢) الدال باطلاقه على جواز تملكه بلا تعريف فمضافا لضعفه سندنا لوقوع إبراهيم بن إسحاق في طريقه و قد قال فهرست الشّيخ فيه: «كان ضعيفا في حديثه متّهما في دينه» و كذا النجاشي، و قال ابن الغضائريّ في حديثه ضعف و في مذهبه ارتفاع، و مضافا الى اعراض الاصحاب عنه حمل على ما كان دون الدرهم .

و اما ما في موثق محمّد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قضى عليّ (عليه السلام) في من وجد ورقا في خربه أن يعرّفها فان وجد من يعرفها و إلّا تمتّع بها»(٣) فلا- علاقه له باللقطه لأنّ المحتمل من وجدانها في خربه كونه من الزمان السابق على العصر الحاضر.

و اما التصدق بها بعد تعريفها سنه مع الضمان اذا لم يرض صاحبها به فيدل عليه صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام: «و سألته عن الرجل يصيب اللقطه فيعرّفها سنه ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ما حال الذي

ص: ٢٥٩

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٧ باب اللقطه و الضاله

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٥ ١٣٩ باب اللقطه و الضاله ح ١٥

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٨ ح ٣٩

تصدقّ بها؟ و لمن الاجر؟ هل عليه ان يرد على صاحبها او(١) قيمتها؟ قال: هو ضامن لها و الاجر له الا ان يرضى صاحبها فيدعها و الاجر له(٢), و سنده تام لأنه بطريق قرب الاسناد و ان كانت ضعيفه ب «عبد الله بن الحسن» حيث انه مهمل الا ان صاحب الوسائل رواها من كتاب علي بن جعفر و طريقه اليه صحيح . و مثله في الدلاله غيره.

هذا و لابد في التصدق من ان يكون عن صاحبها كما هو المعروف في كلمات الاصحاب الا ان الروايات خاليه منه, و يكفي فيه ذلك الانصراف .

ثم ان حكم اللقطه التي لا يمكن تعريفها هو التصدق بها لا غير و ذلك لان جواز تملك مال الغير و التصرف فيه من دون احراز رضاه امر على خلاف قاعده «لا- يحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطيبه نفس منه» و لا بدّ من الاقتصار على المورد الذي دل الدليل فيه على جوازه، و هو بعد التعريف سنه، و في غير ذلك يلزم تطبيق حكم مجهول المالك- بعد تعذر تطبيق حكم اللقطه التي هي مصداق من مصاديق مجهول المالك- و هو التصدق.

و لابد من دفع اللقطه- اذا اريد التصدق بها- الى خصوص الفقير لان المتبادر من مفهوم التصدق لزوم الفقر في المتصدق عليه و لا أقلّ من الشك

ص: ٢٦٠

١- الظاهر ان كلمه «او» زائده.

٢- وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٢ الباب ٢ من أبواب اللقطه الحديث ١٤

فى صدقه بدون ذلك فيلزم الاخذ بالمتيقن لاصاله الاشتغال بعد عدم امكان التمسك بالاطلاق لانه تمسك به فى الشبهه المصداقيه، و هو غير جائز.

و لابد من كون الدفع الى الغير و عدم الاكتفاء باحتساب الملتقط اللقطه صدقه على نفسه و ذلك لان ظاهر طلب التصدق فى مثل صحيحه ابراهيم بن عمر المتقدمه هو المغايره و انه تصدق على الغير.

و اما جواز التملك مع الضمان على قول المصنف فقد يستدل له بصحيحه الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: «اللقطه يجدها الرجل و يأخذها قال: يعرفها سنه فان جاء لها طالب و الّا فهى كسبيل ماله» (١) الّا انها لا تدل على الضمان، و من هنا نحتاج الى ما يدل على ذلك. و قد يستدل عليه بروايه حنان: «سأل رجل ابا عبد الله عليه السلام و انا اسمع عن اللقطه فقال: تعرّفها سنه فان وجدت صاحبها و الّا فانت احق بها. و قال: هى كسبيل مالك، و قال: خيره اذا جاءك بعد سنه بين اجرها و بين ان تغرمها له اذا كنت اكلتها» (٢) و لكنها ضعيفه سنداً ب «ابى القاسم» فانه مهمل، و دلالة لان الضمان فيها علق على اكلها لا مجرد التملك.

و قد يستدل على ذلك بالاولويه، بتقريب ان الضمان اذا كان ثابتا فى حاله التصدق فبالأولى يكون ثابتا فى حاله التملك. و فيه: ان الاولويه ممنوعه لانه بمجرد التملك لم يفعل شيئاً من تعدٍ او تفريط حتى يكون ضامناً .

ص: ٢٤١

١- وسائل الشيعه ١٧: ٣٤٩ الباب ٢ من أبواب اللقطه الحديث ١

٢- وسائل الشيعه ١٧: ٣٥٠ الباب ١٣ من أبواب اللقطه الحديث ٧

و بصحيحه على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل اصاب شاه في الصحراء هل تحل له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: هي لك او لأخيك او للذئب فخذها و عرّفها حيث اصبتها، فان عرفت فردّها الى صاحبها، و ان لم تعرف فكلها و انت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردّها عليه»^(١). بناء على التعدي من الضاله الى اللقطة و عدم فهم الخصوصيه لذلك. و فيه: ان الضمان علق على اكلها لا تملكها، و الاقوى انه لا يضمنها مع التملك لعدم الموجب له اولاً و لا لاطلاق صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام المتقدم ففيه: «و إلاً فاجعلها في عرض مالك يجرى عليها ما يجرى على مالك إلى أن يجيء لها طالب» و صحيح الحلبيّ الدال على أنّها بعد التعريف كسبيل ماله، و أطلق فيهما و لم يقيّد بالضمّان كما قيد ما إذا تصدّق بها او اكلها.

و اما ابقاؤها امانه و لا ضمان عليه فيمكن استفاده جوازه من صحيحه الحلبي المتقدمه، فان جعل اللقطة كسبيل اموال الملتقط يدل بوضوح على جواز الاحتفاظ بها من دون ضمان.

و اذا قلت: ان صحيحه على بن جعفر الاخرى: «و سألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم او ثوبا او دابه كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنه، فان لم يعرف

ص: ٢٤٢

صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيئ طالبها فيعطيه اياه، و ان مات اوصى بها، فان اصابها شىء فهو ضامن» (١) قد دلت على الضمان.

قلت: لا بد من حملها على حاله التعدى او التفريط و الا كانت ساقطه عن الاعتبار لهجران مضمونها لدى الاصحاب.

حكم ما لا يبقى

(و لو كان ممّا لا يبقى قومه على نفسه)

و يشهد لذلك معتبر السكوني، عن الصادق (عليه السلام) أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) سئل عن سفره وجدت في الطريق مطروحه كثيره لحمها و خبزها و بيضها و جنبها و فيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن - الخبر» (٢) و به افتى الفقيه (٣).

ص: ٢٤٣

١- وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٢ الباب ٢ من أبواب اللقطه الحديث ١٣

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ٢٩٧ ح ٢

٣- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٧

(أو دفعه الى الحاكم) لانه ولى الغائب فى الحفظ بل قد يقال بوجوب القبول عليه لأنه معدّ لمصالح المسلمين (١).

و اجيب: بان ولايه الحاكم مختصه بالمورد الذى لم يجعل الشارع فيه الولاية للغير فانه ولى من لا ولى له، و فى المقام قد جعلها للملتقط حيث جعل له الحق فى التصديق. نعم لا- بأس بدفع اللقطة اليه ان تقبلها على ان تبقى امانه بيده و يستمر الملتقط بالتعريف طول السنه، و اذا انتهت و لم يجد المالك تخير بين الامور الثلاثه المتقدمه أو يوكل الامر فى ذلك الى الحاكم.

(و لو افتقر إبقاؤه إلى العلاج أصلحه الحاكم ببعضه) بحكم ولايته .

حصيله البحث:

لقطه غير الحرم: يحلّ منه دون الدرهم من غير تعريفٍ، و ما عداه يتخير الواجد فيه بعد تعريفه حولاً بنفسه و بغيره بين الصدقه و يضمناها و بين التملك و بين إبقائه أمانه و لا يضمّن فيهما، و لابد فى التصديق من ان يكون عن صاحبها، و حكم اللقطة التى لا يمكن تعريفها هو التصديق بها لا غير، و لابد من دفع اللقطة- اذا اريد التصديق بها- الى خصوص الفقير و لابد من كون الدفع الى الغير و عدم الاكتفاء باحتساب الملتقط اللقطة صدقاً على نفسه، و لو كان ممّا لا يبقى، قومه على نفسه أو دفعه إلى الحاكم و لا يجب على الحاكم القبول، و لو افتقر بقاءه إلى علاج أصلحه الحاكم ببعضه.

ص: ٢٤٤

(و يكره) عند المصنف (التقاط الإداوه) بالكسر، في الصّحاح الإداوه المطهره و هي إناء يتطهر به (و النعل و المخصره) بالكسر، في الصّحاح المخصره كالسّوط و قال الجوهري: هي كل ما اختصره الإنسان بيده فأمسكه من عصا، و نحوها (و العصا) و هي على ما ذكره الجوهري أخص من المخصره و على المتعارف غيرها (و الشظاظ) بالكسر الشظاظ العود الذى يدخل فى عروه الجوالق(1) ليجمع بينهما عند حملها على البعير، و الجمع أشظه (و الحبل و الوتد) بكسر وسطه (و العقال) بالكسر و هو حبل يشد به قائمه البعير.

لكن المفيد خص الكراهه فى الثلاثه الأولى ممّا قيمته أقلّ من درهم دون الأخيره فقال فى المقنعه: «و لا بأس أن ينتفع الإنسان بما يجده ممّا لم يبلغ قيمته درهما و لا يعرّفه و يكره أخذ السّوط و الإداوه و الحذاء و ينبغى لمن وجد شيئا من هذه الأشياء الثلاثه أن يتركه ليرجع صاحبه إليه فربما طلبه فيؤدّيه فقدّه إلى الهلاك لأنّ الإداوه تحفظ ما يقوم به الرّمق من الماء، و الحذاء يحفظ رجل الماشى من الزمانه، و السّوط يسير البعير» .

و حرّم الثلاثه الأولى الحلبىّ حملا- للنهى الاتى على الحرمة و هو ظاهر الدّيلمىّ، و قال علىّ بن بابويه: «و إن وجدت إداوه أو نعلا أو سوطا فلا تأخذه و إن وجدت مسله أو مخيطا أو سيرا فخذّه و انتفع به»، و قال

ص: ٢٦٥

١- الجوالق بكسر الجيم و كسر اللام. جمعه جواليق؛ و هو العدل المعمول من الصوف، أو الشعر، أو القطن و هو فارسى معرب أصله: جولخ.

الإسكافيّ «و ما لا مقدار لقيمته كالوتد و العقال و الشظاظ فلا بأس لذي الحاجه إليه»(١).

و يشهد للكراهه او الحرمة فى الثلاثه الأولى صحيح داود «و سأله- أى الصادق عليه السّلام- داود بن أبى يزيد عن الإداهه و التّعلين و السّوط يجده الرجل فى الطريق أ ينتفع به؟ قال: لا يمسه»(٢), و خبر عبد الرّحمن بن أبى عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن التّعلين و الإداهه و السّوط يجدها الرجل فى الطريق أ ينتفع بها؟ قال: لا يمسه»(٣).

و يدلّ على الرخصه فى الأخيره صحيح حريز، عن الصادق عليه السّلام: لا بأس بقطع العصا و الشّظاظ و الوتد و الحبل و العقال و أشباهه، قال: و قال أبو جعفر عليه السّلام: ليس لهذا طالب»(٤).

اقول: الذى فهمه المصنف مما تقدم من النصوص هو كراهه اخذ ما دون الدرهم مما تقدم ذكره لانه مما تكثرت منفعتة فحمل فيها النهى على الكراهه و حمله الحلبى على الحرمة, ألما ان المفهوم مما تقدم من النصوص هو حرمة تملك الثلاثه الاولى لانها لها طالب و لم يعرض عنها اصحابها دون الاخيره لانها ليس لها طالب كناية عن اعراض اصحابها عنه و ان كانت قيمتها درهما فما زاد, و عليه فموضوع النصوص هو ما كانت قيمتها درهما

ص: ٢٦٦

١- النجعه ج ١٠ كتاب اللقطه

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٥ باب اللقطه و الضاله

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٦ ص ٣٩٤ باب اللقطه و الضاله

٤- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٤٠ باب اللقطه و الضاله

فما زاد و اما ما كانت قيمتها اقل من درهم فخارجه عنها و يجوز تملكها كما تقدم .

حصيله البحث:

يحرم تملك الإداوه و النعل و المخصره مما لم يعرض اصحابها عنها دون العصا و الشّظاظ و الحبل و الوتد و العقال لانها ليس لها طالب.

كراهه أخذ اللقطه خصوصا من الفاسق

(و يكره أخذ اللقطه)

و تتأكد الكراهه فى لقطه الحرم ويشهد لذلك مضافا لما تقدم موثق فضيل بن يسار، عن الباقر عليه السّلام: «سألته عن لقطه الحرم، فقال: لا تمسّ أبدا حتّى يجىء صاحبها فيأخذها- الخبر»(١).

و أمّا كراهته فى مطلقها فتشهد له النصوص المستفيضه منها صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر عليه السّلام: «سألته عن اللقطه، فقال: لا ترفعها و إذا ابتليت بها فعرفها سنه- الخبر»(٢).

(خصوصا من الفاسق و المعسر)

ص: ٢٤٧

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٥ ص ٤٢١ باب ٢٦ من زيادات فقه الحج .

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٣٩ باب اللقطه و الضاله .

و علل الأول بانه ليس أهلاً لحفظ مال الغير بغير إذنه، و الثاني بانه يضر بحال المالك إذا ظهر و قد تملك، و إنما جاز مع ذلك، لأن اللقطه فى معنى الاكتساب، لا استئمان محض (١). و فيه: انه مجرد استحسان قبالة اطلاق ما دل على الجواز، و اما كونها فى معنى الاكتساب فدعوى بلا دليل بل الدليل على العكس من حرمة التصرف فى مال الغير .

نعم يشهد للكراهه فى الفاسق معتبر فضيل بن يسار، عنه عليه السلام: «سألته عن الرجل يجد اللقطه فى الحرم قال: لا يمسه و أمّا أنت فلا بأس لأنك تعرّفها» (٢).

و أمّا المعسر فقد يستدل له بخبر سعيد بن عمرو الجعفى «قال: خرجت إلى مكّه و أنا من أشدّ الناس حالاً فشكوت إلى أبى عبد الله (عليه السلام) فلما خرجت من عنده وجدت على بابهِ كيساً فيه سبعمائة دينار فرجعت إليه من فورى ذلك فأخبرته، فقال: يا سعيد اتق الله عزّ و جلّ و عزّفه فى المشاهد و كنت رجوت أن يرخص لى فيه فخرجت و أنا مغتمّ فأتيت منى فتنحيت عن الناس حتّى أتيت الماورقه فنزلت فى بيت متنحياً عن الناس، ثم قلت: من يعرف الكيس؟ قال: «أول صوت صوته فاذا رجل على رأسى يقول أنا صاحب الكيس قال: فقلت فى نفسى، أنت فلا كنت، قلت: ما علامه الكيس

ص: ٢٤٨

١- الروضه البهيه فى شرح اللعه الدمشقيه (ط - كلانتر)، ج ٧، ص: ١٠٦

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٤ ص ٢٣٩ باب لقطه الحرم

فأخبرني بعلامته فدفعته إليه فتنحى ناحيه فعدّها فاذا الدنانير على حالها ثم عدّ منها سبعين ديناراً، فقال: خذها حالاً خيراً من سبعمائه حراماً فأخذتها، ثم دخلت على أبي عبد الله (عليه السلام) فأخبرته كيف تنحيت و كيف صنعت، فقال: أمّا إنك حين شكوت إليّ أمرنا لك بثلاثين ديناراً، يا جاريه هاتيها فأخذتها و أنا من أحسن قومي حالاً» (١). وفيه: انه لا دلاله فيه على ذلك .

(و مع اجتماعهما تزيد الكراهه)

عند المصنف لزياده سببها، و فيه: ما عرفت من عدمها في المعسر .

و هل يستحب الاشهاد عليها؟

(و ليشهد عليها مستحباً) و علل بكونه تنزيها لنفسه عن الطمع فيها، و منعاً لو ارثه من التصرف لو مات، و غرمائه لو فلس . و فيه: ان ذلك لا يكفي في الاستحباب الشرعي .

(و يعرف الشهود بعض الأوصاف)

و هو أيضا نوع من التعريف، لا جميعها حذراً من شياخ خبرها فيطلع عليها من لا يستحقها فيدعيها و يذكر الوصف.

(و الملتقط من له أهليه الاكتساب)

ص: ٢٦٩

قال الشهيد الثاني: وإن كان غير مكلف أو مملوكا. قلت: قد تقدم الكلام فيه في شرائط الملتقط وانه لو التقط غير البالغ أو غير العاقل أو المملوك بلا- اذن من الولي أو المالك فان شاء الولي أو المالك امضاءه فهو و إلا فلا لمحجوريتهم عن التصرفات فلا اثر لتصرفاتهم حتى تترتب عليها احكام اللقطه. و بعدم الجواز في التقاط المملوك أفتى الإسكافي، و إنما أفتى المبسوط بجواز التقاطه و الأصل فيه بعض العامه (١).

(و يحفظ الولي ما التقطه الصبي و كذا المجنون) عند المصنف و المختار ان لقطتهما كالعدم نعم لو قبلها صار هو الملتقط لا هما و عليه وظيفته و لا علاقه لهما باللقطه .

و جوب تعريف اللقطه حولا

(و يجب تعريفها حولا) كما تقدم (و لو متفرقا)

يعنى أن الملتقط يعرف اللقطه فى ضمن الحول و لو كان التعريف متفرقا أى يعرف يوما، ثم يترك، ثم يعرف، ثم يترك أياما، ثم يعرف , لا أنه يعرف سنه كامله متواليه الأيام و الأسابيع و الأشهر، بل الغايه التعريف حولا كاملا و لو حصل التعريف متفرقا. و وجوب التعريف ثابت (سواء نوى التملك أولا) لإطلاق الأمر به الشامل للقسمين، قيل: خلافا للشيخ حيث شرط فى وجوبه نيه التملك فلو نوى

ص: ٢٧٠

الحفظ لم يجب (١). وفيه: ان وجوب التعريف إجماعيّ و لم يقل أحد بعدم وجوبه إذا نوى الحفظ، و إنما الخلاف أنّه بعد تعريف السنه هل يصير ملكه بلا اختيار، أم يشترط قصده؟ وسيأتي البحث عنه في اخر كتاب اللقطه.

حصيله البحث:

يكره أخذ اللقطه خصوصاً من الفاسق دون المعسر، و لا يستحب الاشهاد عليها و يعرف الشهود بعض الأوصاف، و لو التقط غير البالغ او غير العاقل او المملوك بلا- اذن من الولي او المالك فان شاء الولي او المالك امضاءه فهو و ألا فلا لمحجوريتهم عن التصرفات فلا- اثر لتصرفاتهم حتى تترتب عليها احكام اللقطه، و يجب تعريفها حولاً و لو متفرقاً سواء نوى التملك أم لا، و لا يتوقف دخولها في الملك بعد التعريف سنه على قصد التملك بل تدخل في الملك ولو لم يقصد تملكها.

اللقطه امانه ما لم يحصل الموجب للضمان

(و هي أمانه في الحول و بعده) اذا لم يحصل الموجب للضمان (ما لم ينو التملك فيضمن)

ص: ٢٧١

و قد تقدم الاستدلال له بالاولويه، بتقريب ان الضمان اذا كان ثابتا في حاله التصدق فبالأولى يكون ثابتا في حاله التملك. و فيه: ان الاولويه ممنوعه لانه بمجرد التملك لم يفعل شيئاً من تعدٍ او تفريط حتى يكون ضامنا .

و بصحيحه على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل اصاب شاه في الصحراء هل تحلّ له؟ قال: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: هي لك او لأخيك او للذئب فنخذها و عرفها حيث اصبتها، فان عرفت فردّها الى صاحبها، و ان لم تعرف فكلها و انت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردّها عليه»^(١). بناء على التعدى من الضاله الى اللقطه و عدم فهم الخصوصيه لذلك. و فيه: ان الضمان علق على اكلها لا تملكها، و الاقوى انه لا يضمنها مع التملك لعدم الموجب له اولاً و لاطلاق صحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام المتقدم فيه: «و إلّا فاجعلها في عرض مالك يجرى عليها ما يجرى على مالك إلى أن يجىء لها طالب» و صحيح الحلبيّ الدال على أنّها بعد التعريف كسبيل ماله، و أطلق فيهما و لم يقيّدا بالضمان كما قيّد ما إذا تصدّق بها او اكلها.

و من موجبات الضمان عدم تعريفها في الحول و لو لم ينو التملك و ذلك لصحيح صفوان الجمال عن الصادق (عليه السلام) «من وجد ضالّه فلم يعرفها، ثم

ص: ٢٧٢

وجدت عنده فإنها لربّها و مثلها من مال الذي كتمها»(1) و دلالتها على الضمان لو لم يعرّف واضحه .

و أمّا بعد الحول فلا يضمن مع التعريف إلّا بإهلاكها أو التصدّق بها.

أمّا إهلاكها أو التصدّق بها فيدلّ على الضمان فيهما أخبار كثيرة كما تقدم الكلام فيه .

حصيله البحث:

اللقطه أمانه في الحول و بعد الحول فلا ضمان عليه و لو نوى التملّك, نعم من موجبات الضمان عدم تعريفها في الحول و لو لم ينو التملّك للنص, و أمّا بعد الحول فلا يضمن مع التعريف إلّا بالتعدى أو التصدّق بها.

حكم التقاط العبد على مبني المصنف

(و لو التقط العبد) على مبني المصنف من جواز التقاطه و قد تقدم الاشكال فيه و انه لا يصح لو لم يمضه السيد فعلى المختار فالتقاطه لا حكم له, و على قول المصنف (عرّف بنفسه، أو بنائبه) كالحر (فلو أ تلفها) قبل التعريف: أو بعده (ضمن بعد عتقه) كما يضمن غير اللقطه من أموال الغير التي يتصرف فيها من غير إذنه (و لا يجب على المالك انتزاعها منه) قبل

ص: ٢٧٣

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٤١؛ و الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٤، و التهذيب ج ٦ ص ٣٩٣ ح ٢٠؛ و فيه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

التعريف و بعده بناءً على صحه التقاطه (و إن لم يكن) العبد (أميناً) لأصالة البراءه من وجوب حفظ مال الغير لعدم كون مالك العبد مسؤولاً عن لقطه عبده لان الفرض صحه التقاطه, و عليه فلا وجه للقول بالضممان لتعديده بتركها في يد غير الأمين، اذ لا تعدى لعدم كونه مسؤولاً عنها حسب الفرض.

(و يجوز للمولى التملك بتعريف العبد)

مع علم المولى بالتعريف على قول المصنف لانه يكون من قبيل اكتساب العبد و للمولى تملكه, و لا يصح على المختار كما تقدم.

ثم العبد لو فرط في حفظها يكون المولى ضامناً اذا اقره المولى عليها، و قد صرح الإسكافي بأن ليس للعبد أخذ اللقطه فإن أخذها و أقرها السيد مع علمه و أتلفها العبد كان في رقبه السيد، و مع عدم علمه في رقبه العبد.

حصيله البحث:

و ليس للعبد أخذ اللقطه فإن أخذها و أقرها السيد و أتلفها العبد كان في رقبه السيد، و مع عدم علم السيد بها يكون تلفها في رقبه العبد، و لا يجوز للمولى التملك بتعريف العبد اذا لم يقره عليها ابتداءً.

و لا تدفع إلا بالبينه لا بالأوصاف الموجه للظن

(و لا تدفع) وجوباً بل لا يجوز دفعها لانه من مصاديق التعدى والتفريط بها المنافى لوجوب حفظها (إلا بالبينه) لعموم حجيه البينه (لا بالأوصاف) ان لم

ص: ٢٧٤

توجب العلم (و ان خفيت) لعدم حجيه الظن (نعم يجوز الدفع بها) عند المصنف ففرق بين وجوب دفعها و جوازه على مبنى حجيه الظن و قيامه مقام العلم عند تعذر العلم . و فيه: عدم صحه هذا المبنى و ان اللازم منه هو وجوب الدفع لا جوازه و قد يستدل بجواز الاكتفاء بالظن بخبر سعيد بن عمرو الجعفي، عن الصّادق عليه السّلام و فيه: «قلت: ما علامه الكيس؟ فأخبرني بعلامته فدفعته إليه فتنحى ناحيه فعدها فاذا الدنانير على حالها- الخبر»(1). و فيه: ان الغالب من ذكر الاوصاف الخفيه هو حصول العلم العرفي من الاطمئنان و الوثوق بصدق المدعى و هو غير المدعى من حجيه الظن .

و على مبنى المصنف من جواز دفعها بالوصف الموجب للظن لا وجوبه (فلو أقام غيره) أى غير الواصف (بها بينه) بعد دفعها إلى الواصف (استعيدت منه) لأن البينه حجه شرعيه بالملك، و الدفع بالوصف إنما كان رخصه و بناء على الظاهر (فإن تعذر) انتزاعها من الواصف (ضمن الدافع) لذى البينه (و رجع) الغارم (على القابض) بما غرمه، و علل بان التلف فى يده و لأنه عادٍ إلّا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع لو رجع عليه لاعترافه بكون الأخذ منه ظلماً.

و فيه: انه لو جاز دفعها بامر من الشرع المقدس كان الضمان ضرراً عليه فينفى بقاعده لا ضرر على المشهور من انها بمعنى نفى الحكم الضررى، مضافاً الى ان تلفها بيد الواصف لا يوجب جواز رجوع الدافع اليه لعدم كونه من موجبات الضمان إلا اذا كان كاذباً و هو غير معلوم و بذلك يظهر

ص: ٢٧٥

عدم صحه نسبه الاعتداء اليه, هذا كله على مبنى المصنف و اما على المختار فلا يجوز الدفع بالاوصاف الموجبه للظن و لو دفع كان ضامنا لانه من مصاديق التعدى و التفريط بها و اما الدفع بالاوصاف الموجبه للوثوق عرفا فلا يوجب الضمان على الدافع و لصاحب البيئه ان يطالب الواصف بها.

حصيله البحث:

لا يجوز دفع اللقطه إلا بالبيئه لا بالأوصاف و إن خفيت ان لم توجب الوثوق بصدق المدعى لها و إلا و جب دفعها اليه, و لو أقام غيره بها بيئه استعيدت منه, و ضمنها الدافع ان لم يمكن استعادتها هذا ان كان دفعها على الاوصاف الموجبه للظن و لا يرجع الدافع على القابض, و ان كانت الاوصاف المذكوره مما توجب الوثوق عرفا فلا ضمان على الدافع و لصاحب البيئه ان يطالب الواصف بها .

حكم الموجود في مفازه او خربه أو مدفونا في الأرض

(و الموجود في المفازه) و هى البريه القفر(1) و الجمع المفاوز قاله ابن الأثير فى النهايه, و المراد منها الأرض الخاليه من الماء و الكلاب و الناس (و

ص: ٢٧٦

١- البريه: الصحراء ؛ جمعها: برارى ؛ و القفر: الأرض الخاليه من الماء و الكلاب و الناس ؛ جمعه: قفار بكسر القاف و قفور بضمها.

الخربه) التي باد أهلها (أو مدفونا في أرض لا مالك لها) ظاهرا (يتملك من غير تعريف)

اقول: اما المفازة فلخروجها عن موضوع أخبار اللقطة لأنها وارده في العمران و عليه فلا يجب التعريف في الموجود فيها و إن كثر .

و أمّا الموجود في الخربه فاطلاق صحيح محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام: «سألته عن الدّار يوجد فيها الورق فقال: إن كانت معموره فيها أهلها فهو لهم و إن كانت خربه قد جلا عنها أهلها فالعدي وجد المال فهو أحقّ به»^(١) دال على جواز تملكه بلا تعريف.

لكن يعارض اطلاقه موثق محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «قال: قضى عليّ (عليه السلام) في رجل وجد ورقا في خربه أنّ يعرفها فان وجد من يعرفها و إلّا تمّع بها»^(٢) الدال على وجوب تعريفه اولا و القاعده تقضى بحمل المطلق على المقيد و عليه فيجوز تملكه بعد التعريف لا- قبله . وفيه: أنّ المحتمل من وجدانها في خربه كونه من الزمان السابق على العصر الحاضر فتخرج عن موضوع اللقطة و تدخل تحت عنوان الموجود في خربه و تصح النتيجة المتقدمه لكن من المحتمل ان الروايه موضوعها اللقطة التي تعرف سنه ثم تملك و لا دافع لهذا الاحتمال و عليه فالموثق مجمل ولا يصح الاستناد اليه في ما نحن فيه و عليه فالاقوى عدم لزوم تعريفه .

ص: ٢٧٧

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٠ باب ٩٤ اللقطة و الضاله

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٨ ح ٣٩

و أما المدفون في أرض لا مالك لها فقد يستدل له بما في صحيح إسحاق بن عمار، عن الكاظم عليه السلام: «سألته عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحوًا من سبعين درهمًا مدفونه فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: يسأل عنها أهل المنزل لعلمهم يعرفونها، قلت فان لم يعرفوها؟ قال: يتصدق بها» (١) و وجوب التصديق به لاجل كونه اخذ من الحرم فلا يشمل ما اخذ من غير الحرم فعليه يجوز تملكه بعد تعريفه. و فيه: ان مورد الصحيح هو بيوت مكة و حكمها هو حكم اللقطة و الكلام على ما لا مالك له بحيث يخرج عن موضوع ادله اللقطة مما يحتمل كونه من الزمان السابق على العصر الحاضر و عليه فاذا احتل في المدفون كونه من مال من باد اهله او جلا عن محله اهله جاز تملكه بلا تعريف لظهور صحيح محمّد بن مسلم المتقدم بذلك و لعله هو المراد من تقييد المصنف المأخوذ من المفازة و الارض الخربه و المدفون بما (إذا لم يكن عليه أثر الإسلام) من الشهادتين، أو اسم سلطان من سلاطين الإسلام و نحوه تبعًا للمبسوط فقال: «إذا كان عليه أثر الإسلام لقطه يعرف و إذا لم يكن، هو كثر يعطى خمسه و الباقي له» و هذا القيد و ان لم يذكره غيره من المتقدمين و لم يصرح به في الاخبار إلا انه قريب من موضوع صحيح محمّد بن مسلم المتقدم حسب الفهم العرفي، فلعل المراد بما لم يكن عليه أثر الإسلام هو مال من باد اهله او جلا عن محله اهله الذي هو موضوع الصحيح.

ص: ٢٧٨

(وإلما) يكن كذلك بأن وجد عليه أثر الإسلام عند المصنف أو لم يكن من مال من باد اهله أو جلا- عن محله اهله (وجب التعريف) و كان حكمه حكم اللقطه لدلاله الأثر على سبق يد المسلم فتستصح على مختار المصنف و لخروجه عن موضوع صحيح ابن مسلم على المختار .

(و لو كان للأرض مالك عرّفه) الواجد لمالك الارض لتتضح حقيقه الملقوط من كونه لقطه او خارج عنها (فان عرفه) مالك الارض اتضح كونه لقطه و (دفعه اليه و آلا) خرج عن كونه لقطه و عليه (فهو للواجد) و شمله اطلاق صحيح ابن مسلم المتقدم .
(و كذا لو وجده في جوف دابه) تعتلف من مال المالك (عرّفها مالکها)

فان عرفه المالك فهو و إلاً فهو للواجد لصحيحه عبد الله بن جعفر «قال: كتبت إلى الرجل أساله عن رجل اشترى جزورا أو بقره للأضاحى فلما ذبحها وجد في جوفها صرّه فيها دراهم أو دنانير أو جوهره لمن يكون؟ قال: فوقع عليه السلام: عرّفها البائع فان لم يكن يعرفها فالشىء لك رزقك الله إياه»^(١)، و به أفتى ابنا بابويه و كذا الشيخان و الديلمى و القاضى و ابن حمزه و الحلّى لكن قالوا: «إن لم يعرفه البائع يخرج خمسه و الباقي له» .

و فيه: انه ليس من الكنز و لا- من المعدن و لا من الغوص فلا يجب فيه الخمس و يكفينا سكوت الخبر عن عدم وجوب اخراج خمسه، و مثله فى الضعف تقييد الحلّى له بتعريف السنه فانه لا شاهد و لا وجه له و كذا تقييد

ص: ٢٧٩

العلامه له فى المختلف بعدم أثر الإسلام عليه وإلا فيعرف سنه فانه مناف لإطلاق الصحيح ولا شاهد له.

حكم ما يوجد فى جوف السمكه

(و أمّا ما) يوجد (فى جوف السمكه فلولواجد) لأنها إنما ملكت بالحيازه، و المحيز إنما قصد تملكها خاصه، لعدم علمه بما فى بطنها فلم يتوجه قصده إليه بناء على أن المباحات إنما تملك بالنيه و الحيازه معا كما هو الاقوى و بكونها للواجد بلا تعريف افتى الشيخ فقال: «لا يُعرف بايع السمكه الدرّه و لم يرد بهذا خبر» و بذلك يظهر لك ضعف قول الحلّي «بأنّه لا فرق بين الحيوان المذبوح و السمكه إذا وجد فى جوفها شيئاً فى أنّه يجب تعريفه للبائع» فالفرق أنّ ما فى بطن المذبوح من المحتمل كونه من بايعه، و أمّا السمك فما فى جوفه من الدرّه من البحر، و لم يرها الصياد حتّى يجيزها و يملكها .

(إلا أن تكون) السمكه (محصوره فى ماء تعلق) فتكون كالدابه فيكون حكم ما وجد فى جوف هذه السمكه حكم ما يوجد فى جوف الدابه المملوكه فكما أنه يجب تعريف ما فى جوف الدابه كذلك يجب تعريف ما فى جوف السمكه المحصوره فى مثل هذا الماء، لاحتمال كون ما فى جوفها من مال المالك، و منه يظهر أن المراد بالدابه الدابه الأهليه كما هو ظاهر الصحيحه، فلو كانت وحشيه لا تعتلف من مال المالك فكالسمكه.

(و الموجود في صندوقه أو داره مع مشاركة الغير له لقطه و لا معها حلّ)

كما في صحيح جميل بن صالح عن الصادق عليه السلام: «قلت له: رجل وجد في منزله ديناراً؟ قال: يدخل منزله غيره قلت: نعم كثير، قال: هذا لقطه، قلت: فرجل وجد في صندوقه ديناراً؟ قال: يدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع غيره فيه شيئاً؟ قلت: لا، قال: فهو له» (١)، هذا إذا لم يقطع بانتفائه عنه و إلا كان لقطه كما هو معلوم.

(و لا يكفي التعريف حولاً في التملك بل لا بد من التيه)

ذهب إلى الثاني المبسوطان و تبعه الحلبي و ابن حمزه ، و إلى الأوّل الحلّي و الباقرن ليس لهم نصّ، و إنّما قالوا كالأخبار بعد تعريف السنّه يجوز له تصرّفه أو التصدّق به مع الضمان فيهما لو وجد صاحبه بعد و لم يرض بالتصدّق، و يشهد لتوقف الملك على القصد صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام: سألته عن اللّقطه قال: لا ترفعوها فان ابتليت بها فعرفها سنّه فان جاء طالبها و إلا فاجعلها في عرض مالك يجرى عليها ما يجرى على مالك إلى أن يجيئ لها طالب» (٢). بتقريب ان الجعل في قوله (عليه السلام) « فاجعلها في عرض مالك» مما يتوقف على القصد .

ص: ٢٨١

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٣٧ باب اللقطه و الضاله

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٦ ص ٣٩٠ باب ٩٤ اللقطه و الضاله

و يحمل قوله (عليه السلام) «فهي كسييل ماله» في صحيح الحلبي، عنه (عليه السلام) «يعرفها سنه فان جاء لها طالب و إلا فهي كسييل ماله»^(١) الظاهر على دخولها في الملك بلا قصد التملك، على انه ان اراد ذلك يجعلها كسييل ماله .

و فيه: ان صحيح أبي خديجه المتقدم «...و إلا كانت في ماله فإن مات كان ميراثا لولده و من ورثه فإن جاء طالبها بعد ذلك دفعوها إليه»^(٢) غير قابل لهذا الحمل و ظاهر في دخولها في الملك و لو لم ينو التملك و عليه فالاقوى هو دخولها في الملك و تكون ارثا و لو لم يقصد تملكها .

و الأصل في المسألة العامّة ففي الخلاف: «إذا عرّفها سنه لا تدخل في ملكه إلا باختياره بأن يقول: هذه قد اخترت ملكها، و للشافعيّ فيه أربعة أوجه: أحدها مثل ما قلنا، و الثاني أنّه بمضىّ السنّه عليه يملكها بغير اختياره، و الثالث بمجرد القصد دون التصرف، و الرابع بالقول و التصرف - إلخ»^(٣).

حصيله البحث:

و الموجود - في المفازة و هي البريه القفر^(٤) و المراد منها الأرض الخالية من الماء و الكلاب و الناس، و الخربه التي باد أهلها، أو مدفونا في أرض لا

ص: ٢٨٢

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٦ ص ٣٨٩ باب ٩٤ اللقطه و الضاله

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٣٠٩ باب النوادر

٣- الخلاف في ١٠ من مسائل اللقطه

٤- البريه: الصحراء؛ جمعها: برارى؛ و القفر: الأرض الخالية من الماء و الكلاب و الناس؛ جمعه: قفار بكسر القاف و قفور بضمها.

مالك لها ظاهرا - يتملكك من غير تعريف و الضابط هو كونه من مال من باد اهله او جلا عن محله اهله فاذا احتمل فيه ذلك جاز تملكه بلا تعريف و إلا وجب تعريفه، و لو كان للأرض مالك عرّفه فإن عرفه و إلا فهو للواجد، و كذا لو وجدته في جوف دابته عرّفه مالكةا، و أمّا ما في جوف السمكة فللواجد إلا أن تكون محصورةً تعلق، و الموجود في صندوقه أو داره مع مشاركة الغير له لقطه و لا معها حلّ، و يكفي التعريف حولاً في التملك و لو لم يقصده للنص.

حكم مجهول المالك

١- عنوان اللقطه لا- يرادف عنوان مجهول المالك اذ اللقطه فرد من افراد مجهول المالك و لا تصدق عرفاً إلا مع الضياع. و قد رتب عليها شرعا حكم خاص، و هو وجوب الفحص عن المالك لمدته سنه ثم مع عدم العثور عليه يتخير بين امور ثلاثه حسبما تقدم حتى مع فرض عدم اليأس من العثور عليه، و هذا بخلاف عنوان مجهول المالك غير اللقطه فان الفحص عن مالكة لازم من دون تقييد بمدته سنه بل المدار على اليأس منه، و مع تحققه لا يتخير بين الامور الثلاثه بل يتعين التصديق، هذا حسب ما تقتضيه القاعده في الفرق بين حكم اللقطه التي لها احكام خاصه و بين مجهول المالك الخارج عنها موضوعا.

و اما ادله مجهول المال الخاصه فقد دلت صحيحه يونس بن عبد الرحمن على تعيين التصديق به بعد اليأس عن صاحبه ففيها: «سئل ابو الحسن الرضا عليه السلام و انا حاضر ... رفيق كان لنا بمكة فرحل منها الى منزله و رحلنا

الى منازلنا فلما ان صرنا فى الطريق اصبنا بعض متاعه معنا فإى شىء نصنع به؟ قال: تحملونه حتى تحملوه الى الكوفه. قال: لسنا نعرفه ولا نعرف بلده ولا نعرف كيف نصنع. قال: اذا كان كذا فبعه و تصدق بثمانه. قال له: على من جعلت فداك؟ قال: على اهل الولايه»(١).

و دلت صحيحه معاويه بن وهب عن ابى عبد الله عليه السلام وجوب الفحص عنه ففيها: «رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري أين يطلبه ولا يدري أحى هو أم ميت ولا يعرف له وارثا ولا نسبا ولا ولدا. قال: اطلب. قال: فان ذلك قد طال فاتصدق به؟ قال: اطلبه»(٢) و هى بروايه الشيخ صحيحه السند(٣) فانه رواها عن يونس عن ابن ثابت و ابن عون و الظاهر ان ابن ثابت هو محمد بن ابى حمزه الثقه نعم بروايه الفقيه ضعيفه لان يونس رواها عن ابن عون الذى لم يوثق عن معاويه لكنها موثوق بها لان يونس من اصحاب الاجماع.

بل يمكن التمسك لإثبات وجوب الفحص فى مجهول المالك الى حد اليأس بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾(٤).

ص: ٢٨٤

- ١- وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٧ الباب ٧ من أبواب اللقطه الحديث ٢
- ٢- وسائل الشيعة ١٧: ٥٨٣ الباب ٦ من ابواب ميراث الخنثى الحديث ٢
- ٣- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ٤ ص ١٩٦ باب ١١٤ ميراث المفقود
- ٤- النساء: ٥٨

و دل خبر حفص بن غياث عن الصادق (عليه السلام) على كون الفحص في مجهول المالك سنة ففيه: (عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً و اللص مسلم هل يرده عليه؟ قال (عليه السلام) لا يرده عليه فان امكنه ان يرده على صاحبه فعل و أما كان في يديه «يده - خ ل» بمنزله اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً فان اصاب صاحبها و إلا تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ذلك خير بين الاجر و الغرم فان اختار الاجر فله الاجر و ان اختار الغرم غرم له و كان الاجر له) (1) و به افتى الصدوق في المقنع و الفقيه هذا و سند الصدوق الى حفص بن غياث صحيح الا انه لم يروه عنه في الفقيه بل رواه عن كتاب سليمان بن داود المنقرى عنه و سنده اليه ضعيف رواه عنه في المقنع قائلاً: سألت حفص بن غياث و لعله اخذ الخبر من كتابه فيكون في عداد الموثق سنداً لكنه مجرد احتمال و كيف كان فلا- و ثوق لنا به و عليه فلا- يجب تعريفه سنه بل يكفي حصول اليأس عن الظفر بصاحبه .

٢- و من مجهول المالك ما اذا كان المالك معلوماً و تعذر الوصول اليه و كسب الاجازه منه في تحديد كيفية التصرف فحكمه حكم المال المجهول مالكة و ذلك باعتبار ان مورد الروايات السابقة هو معلوم المالك و انما تعدينا الى مجهول المالك لأجل الغاء الخصوصيه عرفاً، و لابد من تعذر كسب الاجازه من المالك المعلوم و ذلك باعتبار انه لا يجوز التصرف في

ص: ٢٨٥

١- المقنع طبع الهادي ص ٣٨٢ و رواه الكافي مرسلًا ج/٥ ص ٣٠٨ ح/٢١ و في الفقيه عن سليمان بن داود المنقرى عن حفص بن غياث و سنده اليه ضيف ج/٣ ص ١٩٠ ح/١ و رواه التهذيب ضعيفاً ايضاً ج/٦ ص ٣٩٦ ح/٣١ و الاستبصار ج/٣ ص ١٢٣ ح/٢ و رواه الوسائل ج/١٧ ص ٣٦٨ باب ١٨ من اللقطة .

مال الغير بدون طيب نفسه فاذا امكن كسب الاجازه فى تحديد كيفيه التصرف فلا يجوز من دونه.

و عليه فمن أخذ قلما او مسبحة او غير ذلك من الغير لقضاء حاجه له و لم يعرف ممن اخذ ذلك او كان يعرفه و لكن لا يعرف خبره فحكمه حكم مجهول المالك دون اللقطه.

و هكذا الحال فى من اودع بعض اثاث بيته فى دار شخص و سافر من دون ان يعرف خبره فانه يلزم تطبيق حكم مجهول المالك عليه دون اللقطه لعدم تحقق عنوان الضياع فيها.

٣- قيل: و من خلال هذا يتضح الحال فى من تبدل حداؤه او عباءته اشتباها فانه يجرى فى مثل ذلك حكم مجهول المالك و لا يجوز التصرف الا مع احراز رضا المالك. و فى جواز المقاصه اشكال و ذلك لان مستندها خاص بمورد التعمد و المفروض فى محل كلامنا هو الاشتباه فلاحظ صحيحه داود بن رزين: «قلت لأبى الحسن موسى عليه السلام: انى اخالط السلطان فتكون عندى الجاربه فىأخذونها و الدابه الفارهه فيبعثون فىأخذونها ثم يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك و لا تزد عليه»(١). و فيه: ان مورد الصحيحه التعمد لكن لا خصوصيه له عرفا فان المفهوم منها هو ان للانسان ان يتدارك حقه ممن اخذه حتى و لو كان الاشتباه منه ابتداء لا من الغير بعد اخذ الغير ماله و تعذر الوصول اليه , كما عليه سيره العقلاء ايضا,

ص: ٢٨٦

١- وسائل الشيعه ١٢: ٢٠١ الباب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به الحديث ١

و على فرض اختصاص الصحيحه بمورد التعمد فالعلم حاصل برضا المالك قطعا .

حصيله البحث:

عنوان اللقطه لا- يرادف عنوان مجهول المالك و حكم اللقطه ما تقدم، فى حين ان حكم المال المجهول مالكة هو الفحص عنه الى حدّ اليأس- من دون تقييد بمدّه سنه- فان تحقق تصدق به, و اذا كان المالك معلوما و تعذر الوصول اليه و كسب الاجازة منه فى تحديد كيفية التصرف فحكمه حكم المال المجهول مالكة.

و عليه فمن أخذ قلما او مسبحه او غير ذلك من الغير لقضاء حاجه له و لم يعرف ممن اخذ ذلك او كان يعرفه و لكن لا يعرف خبره فحكمه حكم مجهول المالك دون اللقطه.

و هكذا الحال فى من اودع بعض اثاث بيته فى دار شخص و سافر من دون ان يعرف خبره فانه يلزم تطبيق حكم مجهول المالك عليه دون اللقطه لعدم تحقق عنوان الضياع فيها.

و من خلال هذا يتضح الحال فى من تبدل حذاؤه او عباءته اشتباها فانه يجرى فى مثل ذلك حكم مجهول المالك و لا يجوز التصرف الا مع احرار رضا المالك. و الاقوى جواز المقاصه فيه بعد العلم باخذ الغير ماله و تعذر الوصول اليه.

ص: ٢٨٧

(و هو) اى الموات(١) (ما لا ينتفع به لعطلته(٢) أو لاستتجامة(٣) أو لعدم الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه يتملكه من أحياءه) سواء فى ذلك المسلم و الكافر للعموم الاتى (مع غيبه الإمام (عليه السلام)

و الدليل على جواز تملكها فى زمان الغيبه بعد كونها للإمام (عليه السلام) النصوص المستفيضه منها صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض و عمروها فهم أحقّ بها و هى لهم»(٤).

و صحيح زراره، عنه (عليه السلام) «عن النبىّ صلى الله عليه و آله من أحيأ مواتا فهو له»(٥).

ص: ٢٨٨

-
- ١- مصدر مات يموت موتانا بمعنى خلو الأرض من العماره و السكان لا من مات يموت موتا بمعنى حلول الموت به.
 - ٢- بضم العين، و سكون الطاء بمعنى البقاء بلا انتفاع.
 - ٣- من استأجم أى تحول إلى أجم ؛ و الأ-جم: الأرض ذات الشجره الكثيره الملتف. و الأرض ذات القصب الكثير. و الأرض المسبغه بأن تكون مأوى السباع.
 - ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٧ ص ١٤٨ باب ١١ أحكام الأرضين
 - ٥- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٢٧٩ باب فى إحياء أرض الموات

ولا فرق بين أن يكون قد سبق لها إحياء ثم ماتت، وبين موتها ابتداء على ما يقتضيه إطلاق عبارته المصنف ولا بد من قيد: مع إبادته أهله بحيث لا يعرفون ولا بعضهم فلو عرف المحيي لم يصح إحيائها، لتقيد الاطلاقات بما دل على ذلك مما تقدم .

ولا يعتبر في تحقق موتها العارض ذهاب رسم العماره رأسا، بل ضابطه العطله و إن بقيت آثار الأنهار، و نحوها، لصدق الموات عرفا معها.

ثم ان الشيخ خالف في كون الاحياء مؤلدا للملك كما صار اليه مشهور الفقهاء تمسكا بظهور اللام في قولهم عليهم السلام: «من أحيا ارضا مواتا فهي له» في افاده الملكيه، بل هو موجب لأولويته من غيره في التصرف فيها فقال: «فاما الموات فانها لا تغنم و هي للإمام خاصه، فان احياها احد من المسلمين كان اولى بالتصرف فيها و يكون للإمام تسقيها(1)» و يوجه نظره (ره) بان اللام لا- ظهور لها في الملك فانها جاربه مجرى قول مالك الأرض للفلاحين عند تحريضهم على عماره الارض: من عمرها و حفر انهارها فهي له، فانه ليس المقصود انتقال العين الى الفلاح بل أحقيته من غيره و تقدمه على من سواه. و فيه: ان الظاهر من اللام هو ان تكون للتملك بل لعله هو الاصل فيها و لا يصار الى غيره من الاحقيه و الاولويه الا بالقرينه كما في المثال المذكور فان القرينه فيه فرض وجود المالك لها وانه لا معنى لقوله ألا الاولويه .

ص: ٢٨٩

و اما كون الاراضى الميته للإمام عليه السلام فهو مما لا خلاف فيه سواء لم يجر عليها ملك مالك- كما فى الصحارى- او جرى و لكنه لم يبق له وجود.

و قد دلت على ذلك صحيحه حماد بن عيسى و هو من اصحاب الاجماع فلا يضر ارسالها عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام: «... و الانفال ... كل ارض ميته لا رب لها...»(١).

و الروايات المعبره بالارض الخربه، كصحيحه حفص بن البختري عن ابى عبد الله عليه السلام: «انفال ما لم يوجف عليه بخيل و لا- ركاب او قوم صالحوا او قوم اعطوا بأيديهم و كل ارض خربه و بطون الاوديه فهو لرسول الله صلى الله عليه و آله و هو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء»(٢) و غيرها، و قد فهم الفقهاء من الأرض الخربه الأرض الميته .

و المعروف فى كلمات الفقهاء تقييد الارض بالميته. و يمكن ان يقال بكون المدار على عدم وجود مالك للأرض حتى لو كانت عامره، كالغابات و الجزر المشتمله على الاشجار و الفواكه لموثقه اسحاق بن عمار: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الانفال فقال: هى القرى التى قد خربت ... و كل ارض لا رب لها...»(٣).

ص: ٢٩٠

-
- ١- وسائل الشيعة ٦: ٣٦٥ الباب ١ من أبواب الأنفال الحديث ٤
 - ٢- وسائل الشيعة ٦: ٣٦٤ الباب ١ من أبواب الأنفال الحديث ١
 - ٣- وسائل الشيعة ٦: ٣٧١ الباب ١ من أبواب الأنفال الحديث ٢٠

و صحيحه حماد المتقدمه و ان ورد فيها التقييد بالميتة الّا انه لا مفهوم لها لورودها مورد الغالب.

و من خلال هذا يتضح ان الارض اذا لم يكن لها مالك فهي للإمام عليه السّلام سواء كانت ميتة او عامره، و اذا كان لها مالك فليست كذلك سواء كانت ميتة او عامره، فان الارض ما دام لها مالك فمجرد موتها و خرابها لا يستوجب خروجها عن ملكه.

و بعض النصوص و ان كانت مطلقة و تعدّ كل ارض خربه جزءا من الانفال من دون تقييد بعدم وجود رب لها كما فى صحيحه حفص بن البختري المتقدمه و غيرها الّا انه بقرينه الروايات الاخرى لا بدّ من تقييدها بذلك، فلاحظ موثقه اسحاق بن عمار المتقدمه، حيث ورد فيها: «سألت ابا عبد الله عليه السّلام عن الانفال فقال: هي القرى التي قد خربت و انجلى اهلها ... و كل ارض لا رب لها ...»، فلو كان الخراب وحده كافيا لصيروره الشىء من الانفال فلا داعى الى التقييد بالانجلاء او عدم وجود رب لها.

(و الّا لو كان الامام (عليه السلام) حاضراً (افتقر إلى اذنه)

بحكم ولايته و انها له (عليه السلام) و يشهد له صحيح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن هشام بن سالم الثقه عن أبى خالد الكابلي «عن الباقر (عليه السلام) وجدنا فى كتاب على (عليه السلام) أنّ الأرض لله يورثها من يشاء من عباده و العاقبه للمتقين أنا و أهل بيتى الذين أورثنا و نحن المتّقون و الأرض كلّها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمّرها و ليؤدّ خراجها إلى الامام من

ص: ٢٩١

أهل بيتي - إلى - و له ما أكل حتى يظهر القائم (عليه السلام) من أهل بيتي بالسيف فيحويها و يمنعها و يخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه و آله و منعها إلا ما كان في أيدي شيعةنا يقطعهم على ما في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم» (١).

حصيلة البحث:

الموات من الأرض هو ما لا ينتفع به لعطلته أو لاستتجامة أو لعدم الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه و يتملكه من أحياء سواء كان مسلماً أم كافراً مع غيبه الإمام و إلا افتقر إلى إذنه.

ما لا يجوز إحياءه للملك

(و لا - يجوز إحياء العامر) و ذلك لأنه منتف موضوعاً فالعامر ليس بموات حتى يحيى ففي المغرب: الموات الأرض الخراب و خلافه العامر.

(و) كذلك (تابعه) كالطريق و النهر و شبهه المعد لمصالح العامر مما هو حريمه .

(و لا المفتوحه عنوه إذ عامرها) حال الفتح (للمسلمين) قاطبه بمعنى أن حاصلها يصرف في مصالحهم لا تصرفهم فيها كيف اتفق كما سيأتي (و عامرها) و هي خلاف العامر (للإمام (عليه السلام)

ص: ٢٩٢

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ١ ص ٤٠٧ باب أن الأرض كلها للإمام (عليه السلام) .

أمّا عامرها فلا يصدق فيه إحياءه، و أمّا غامرها فلا يصح إحياءه بغير إذنه مع حضوره لأنها له كما تقدم، نعم مع غيبته فيملكها المحيي لعموم الأخبار المتقدّمه.

و يرجع الآن في المحيا منها و الميت في تلك الحال إلى القرائن الموجهه للعلم و الوثوق، و منها ضرب الخراج و المقاسمه، فإن انتفت فالأصل يقتضى عدم العماره فيحكم لمن بيده منها شىء بالملك لو ادعاه .

هذا و الارض المفتوحه عنوه هي لجميع المسلمين، الحاضرين و الغائبين و المتجددين بعد ذلك و لا تختص بالمقاتلين بلا خلاف عندنا و ان نسب الى بعض العامه اختصاص الغانمين بها كغيرها من الغنائم(١).

و يدل على ذلك صحيح الحلبي: «سئل ابو عبد الله عليه السلام عن السواد(٢) ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد. فقلت: الشراء من الدهاقين(٣)، قال: لا

ص: ٢٩٣

١- جواهر الكلام ٢١: ١٥٧

٢- اى ارض العراق المفتوحه عنوه في عصر الخليفه الثانى.

٣- الدهقان بكسر الدال و ضمها يطلق على رئيس القرية و التاجر و من له مال و عقار. و هو اسم اعجمى مركب من (ده) و (قان).

يصلح الا ان تشرى منهم على ان يصيرها للمسلمين، فاذا شاء ولي الامر ان يأخذها أخذها...»(١) و غيره.

وقد يشكل بان السواد لم يفتح باذن الامام عليه السّلام فهو من الانفال لا للمسلمين، والحكم المذكور فى الصحيحه بانه للمسلمين لا بدّ من حملة على الصدور للتقيه.

وفيه: ان من المقطوع به صدور الاذن منه عليه السّلام، فان الخليفه الثانى كان يستشير امير المؤمنين عليه السّلام فى ذلك. وفى مشاركته عمار فى تلك المعارك و تولى سلمان ولايه المدائن بل قبول الامام الحسن عليه السّلام التوجه الى محاربه يزيد مجرد دلالته واضحه على ذلك، وهنالكَ روايات كثيره تدل على ان الامير (عليه السلام) كان من وراء الفتوحات كما فى حديث الخصال عنه (عليه السلام) ففيه: «... إنّ القائم بعد صاحبه كان يشاورنى فى موارد الأمور فيصدرها عن أمرى و يناظرنى فى غوامضها فيمضيها عن رأبى»(٢).

ولا وجه لحمل الصحيحه على التقيه و ان الحكم فى الصحيحه المتقدمه بكون ارض السواد للمسلمين بعد معلوميه اعتبار الاذن يدل بالالتزام على صدورهما منه عليه السّلام، والحمل على التقيه بعد امكان الافتراض المذكور لا وجه له.

ص: ٢٩٤

١- وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٤ الباب ٢١ من ابواب عقد البيع الحديث ٤

٢- الخصال ج ٢ ص ٣٧٤

(و كذا كل ما) أى موات من الأرض (لم يجر عليه ملك المسلم) فإنه للإمام (عليه السلام) فلا يصح إحياءه إلّا بإذنه مع حضوره و يباح فى غيبته .

و لو جرى عليه ملك مسلم فهو له و لو ارثه بعده

(و لو جرى عليه ملك مسلم فهو له و لو ارثه بعده)

لما تقدم من صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السّلام: «أئما قوم أحيوا شيئاً من الأرض و عمروها فهم أحقّ بها و هى لهم»^(١).

و صحيح زراره، عنه (عليه السلام) «عن النّبىّ صلّى الله عليه و آله من أحيأ مواتا فهو له»^(٢) وغيرهما.

(و لا ينتقل عنه بصيرورته مواتا)

لصحيح الحلبي «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرّجل يأتى الأرض الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه قال: عليه الصّيدقه، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤدّ إليه حقّه»^(٣) و مثله صحيح سليمان بن خالد^(٤) و لأصالة بقاء الملك و خروجه يحتاج إلى سبب ناقل و هو محصور و ليس منه الخراب, كما قاله الشيخ فى المبسوط:

ص: ٢٩٥

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٨ باب ١١ أحكام الأرضين

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٢٧٩ باب فى إحياء أرض الموات

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ٢٠١ باب ١٩ المزارعه

٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٨

«الغامر الذي جرى عليه ملك مسلم مثل قري المسلمين التي خربت و تعطلت فإنه ينظر فان كان صاحبه معيناً فهو أحقّ بها و هو في معنى العامر و إن لم يكن معيناً فإنه يملك بالإحياء لعموم الخبر و عند قوم لا يملك، ثم لا يخلو أن يكون لمالكها عقب أو لا عقب له فان كان له عقب فهي لهم و إن لم يكن له عقب فهي للإمام خاصه».

وقيل: ان المحيي يملكها بعد صيرورتها مواتا و يبطل حق السابق، لعموم من أحيا أرضاً ميتة فهي له المتقدم ، و لصحيح معاوية بن وهب، عن الصادق (عليه السلام) «أَيُّمَا رَجُلٍ أَتَى خَرِبَهُ بَأْتِرُهُ فَاسْتَخْرَجَهَا وَ كَرَى أَنْهَارَهَا وَ عَمَّرَهَا فَان عَلَيْهِ فِيهَا الصَّدَقَةُ، وَ إِنْ كَانَتْ أَرْضٌ لِرَجُلٍ قَبْلَهُ فَعَابَ عَنْهَا وَ تَرَكَهَا فَأَخْرَبَهَا، ثُمَّ جَاءَ بَعْدَ يَطْلُبُهَا فَإِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ وَ لِمَنْ عَمَّرَهَا» (١) و غيرها.

و خصوص صحيح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن هشام بن سالم الثقفي عن أبي خالد الكابلي (٢)، عن الباقر عليه السلام: «وجدنا في كتاب عليّ (عليه السلام) أنّ الأرض لله - إلى - فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها و ليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيته و له ما أكل منها، فان تركها أو أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحياها فهو أحقّ بها من الذي تركها فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيته و له ما أكل حتى يظهر القائم من أهل بيته - الخبر» (٣).

ص: ٢٩٤

-
- ١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٧٩ باب في إحياء أرض الموات
 - ٢- ابو خالد لم يوثق و ان ورد الخبر بمدحه لكنه ضعيف سنداً و معارض بما ورد بدمه.
 - ٣- الكافي (ط - الإسلامية) ج ١ ص ٤٠٧ باب أن الأرض كلها للإمام (عليه السلام) .

وفيه: اما العمومات فهي مخصصه بصحيح الحلبي وغيره مما تقدم. كما وان صحيح معاويه بن وهب لا ينفى ملكيه المالك السابق فهو مجمل من هذه الجئه و محمول على صحيحى الحلبي و ابن خالد .

و اما ما فى الصحيح عن الكابلى فلا يخلو من اجمال و قابل للحمل على الاراضى الخراجيه التى هى ملك لكل المسلمين كما و انه لا يابى الحمل على من تركها و اعرض عنها و عليه فلا يعارض صحيحى الحلبي و ابن خالد بل يحمل المجمل على المبين, و على فرض التعارض فالنسبه بينه و بينهما العموم و الخصوص المطلق فان الصحيحين يختصان بالارض التى لها مالك بخلافه فانه اعم من كون الارض لها مالك معرض عن ملكه ام غير معرض او لا مالك لها او كون الارض خراجيه والقاعده تقتضى حمل المطلق على المقيد .

و الاشكال فيهما انهما خلاف مقتضى القاعده من أنها إن خرجت عن ملكه جاز إحيائها بغير أجره و إلا امتنع التصرف فيها بغير إذنه مدفوع بانه اجتهاد قبال النص .

حصيله البحث:

و لا يجوز إحياء العامر و توابعه كالطريق و النهر و شبهه المعد لمصالح العامر مما هو حريمه, و لا المفتوحه عنوه إذ عامرها حال الفتح للمسلمين قاطبه بمعنى أن حاصلها يصرف فى مصالحهم لا تصرفهم فيها كيف اتفق, و كذا كل ما لم يجر عليه ملكٌ لمسلمٍ و لو جرى عليه ملك مسلم فهو له و

ص: ٢٩٧

لوارثه بعده، ولا- ينتقل عنه بصيرورته مواتاً، و يرجع الآن فى المحيا منها و الميت فى تلك الحال إلى القرائن الموجبه للعلم و الوثوق، و منها ضرب الخراج و المقاسمه، فإن انتفت فالأصل يقتضى عدم العماره فيحكم لمن بيده منها شىء بالملك لو ادعاه

و كل أرض أسلم عليها أهلها طوعاً فهي لهم

(و كل أرض أسلم عليها أهلها طوعاً فهي لهم و ليس عليهم فيها سوى الزكاه مع الشرائط)

كما فى موثق إسحاق بن عمّار، عن العبد الصّالح (عليه السلام) «قلت له: رجل من أهل نجران يكون له أرض ثمّ يسلم أيش عليه، ما صالحهم عليه النّبىّ صلّى الله عليه و آله، أو ما على المسلمين؟ قال: عليه ما على المسلمين، إنهم لو أسلموا لم يصلحهم النّبىّ صلّى الله عليه و آله»^(١) بتقريب ان الامام قال (عليه السلام) « عليه ما على المسلمين » يعنى ان ما بايدهم من الارض لهم اذ ليس على المسلمين سوى الزكاه مع الشرائط .

و اما ما فى موثق عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عمّا اختلف فيه ابن أبى ليلى و ابن شبرمه فى السّواد و أرضه فقلت: إن ابن أبى ليلى قال: إنهم إذا أسلموا فهم أحرار و ما فى أيديهم من أرضهم لهم، و أمّا ابن شبرمه فرعم أنّهم عبيد و أنّ أرضهم التى بأيديهم ليست لهم، فقال: فى الأرض ما قال ابن شبرمه و قال: فى الرّجال ما قال ابن أبى ليلى إنّهم إذا

ص: ٢٩٨

أسلموا فهم أحرار و مع هذا كلام لم أحفظه» (١) فلا- علاقه له بالارض التي اسلم عليها اهلها بل موضوعه ارض السواد و هي ارض العراق و قد فتحت عنوه كما قاله الشيخ في الاستبصار .

و كل ارض ترك أهلها عمارتها فالمحیی أحق بها

(و كل ارض ترك أهلها عمارتها فالمحیی أحق بها و عليه طسقتها (٢) لأربابها)

كما تقدم استنادا الى أصله بقاء الملك و صحيح الحلبي «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يأتي الأرض الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه قال: عليه الصّيدقه، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤدّ إليه حقّه» (٣) و مثله صحيح سليمان بن خالد (٤).

(و أَرْض الصلح التي بأيدي أهل الذّمه لهم و عليهم الجزيه)

ص: ٢٩٩

-
- ١- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ٣ ص ١١١ باب ٧٥ الذمي يكون له أرض فيسلم...
 - ٢- الطسق: ما يوضع من الخراج المقرر على الجربان ... أو شبهه ضريبه معلومه كما نقله الصاغاني عن الأزهرى، و نص التهذيب: الطسق: شبه الخراج، له مقدار معلوم - تاج العروس ج ١٣ ص ٣٠٠ .
 - ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ٢٠١ باب ١٩ من المزارعه .
 - ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٨

كما في صحيح محمّد بن مسلم: «سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى، فقال: ليس به بأس، وقد ظهر النّبىّ صَلَّى اللهُ عليه وآله على أهل خيبر فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم، يعملون بها ويعمرونها، وما بها بأس، ولو اشتريت منها شيئاً - الخبر» (١).

و صحيح أبي بصير، عن الصادق عليه السّلام: «سألته عن شراء الأرضين من أهل الذّمّة، فقال: لا بأس بأن تشتري منهم إذا عملوها وأحيوها فهي لهم. وقد كان النّبىّ صَلَّى اللهُ عليه وآله حين ظهر على خيبر وفيها اليهود خارجهم على أمر وترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها» (٢).

(و يصرف الامام (عليه السلام) حاصل الأرض المفتوحه عنوه في مصالح المسلمين) لصحيح الحلبي المتقدم ففيه: «فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد و لمن لم يخلق بعد» و مقتضاه انه لا يقسم عليهم و الّا حرّم من سيدخل في الإسلام و من لم يخلق بعد و عليه فلا بد من بقائه لهم و هذا المعنى لا يكون الّا بصرف مصالحه لهم .

(و لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا وقفها و لا نقلها)

كما في ما تقدم من صحيح محمّد الحلبيّ، عن الصادق عليه السّلام: «سئل عن السّواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد و لمن لم يخلق بعد، فقلنا: الشّراء من الدّهاقين؟ قال:

ص: ٣٠٠

١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٤٠ باب إحياء الموات و الأرضين

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٨ باب ١١ أحكام الأرضين

لا يصلح إلّا أن يشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإن شاء وليّ الأمر أن يأخذها أخذها، قلنا: فإن أخذها منه؟ قال: يردّ إليه رأس ماله، و له ما أكل من غلتها بما عمل»(١).

و صحيح أبي الزبيع الشّامي، عنه (عليه السلام) قال: «لا- تشتتر من أرض السواد شيئاً إلّا من كانت له ذمّه فإنّما هو فيء للمسلمين»(٢) و الظاهر أنّ المراد بقوله: «إلّا من كانت له ذمّه» أي إلّا من عوهد و صولح على أن يكون أرضه له فيصحّ الشراء منه لأنّ الأرض ملكه دون من لم تكن له ذمّه لكونها من مفتوحه عنوه التي لا- يصحّ شراؤها، و قال الوافي: «يعنى إذا ضمنها للمسلمين» و هو كما ترى.

(و قيل) و القائل ابن ادريس (يجوز تبعاً لآثار المتصرّف) فقال: إنما يباع و يوهب تحجيرنا و بناؤنا و تصرفنا لا نفس الأرض، و به قال المصنف في كتاب البيع ايضاً. قلت: و لا ينافي قول المشهور المتقدم كما هو واضح .

هذا و يستمر الحكم ما دام شىء من الأثر باقياً بمقتضى الاستصحاب، فإذا زال رجعت الأرض إلى حكمها الأول لانتفاء الموضوع كما هو واضح .

حصيله البحث:

و كلّ أرض أسلم عليها أهلها طوعاً فهي لهم و ليس عليهم فيها سوى الزكاه مع الشرائط، و كلّ أرض ترك أهلها عمارتها فالمحبي أحقّ بها و

ص: ٣٠١

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٧ باب ١١ أحكام الأرضين ح ١

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٧ باب ١١ أحكام الأرضين ح ٢

عليه طسقتها لأربابها، و أرض الصلح التي بأيدي أهل الذمه لهم، و عليهم الجزية، و يصرف الإمام حاصل الأرض المفتوحة عنوةً في مصالح المسلمين، و لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا وقفها و لا نقلها نعم يجوز ذلك تبعاً لآثار المتصرف.

شروط الإحياء المملّك

(و شروط الإحياء المملّك ستّه)

الاول: (انتفاء يد الغير) بالشروع بالاحياء قبله لعدم جواز مزاحمه السابق لقاعده السبق و هي و ان كان موردها السوق و المسجد لكنها لا اختصاص لها بهما و شامله للمقام بالاولويه .

(و الثاني: (انتفاء ملك سابق) كما تقدم من أنه معه يصحّ الأحياء لكن ليس بمملّك لأنه يجب عليه أداء طسقه إلى مالكه .

(و الثالث: (انتفاء كونه حريماً لعامراً) لأن مالك العامر استحق حريمه، لأنه من مرافقه و مما يتوقف كمال انتفاعه عليه كما سيأتي .

(و الرابع: (انتفاء كونه مشعراً للعباده) و ذلك لأنه لا يصدق عليه الموات كالمسجد و عرفه و المشعر و منى.

و الخامس: (أو مقطوعاً) لأنه انتقل إلى غيره بالمقطع، و في المبسوط «كتب النبي صلى الله عليه و آله لبلال بن الحارث المزني: هذا ما أقطعه معادن القبليه جلسيها و غوريها و حيثما يصلح للزرع من قدس و لم يعطه حق

مسلم. و جلسيها ما كان إلى ناحيه نجد و غوريها ما كان إلى ناحيه الغور» و قال أيضا «أقطع النبيّ الدّور بالمدينه، و أقطع وائل بن حجر أرضا بحضر موت، و أقطع الزبير حضر فرسه فأجرى، فلمّا قام الفرس رمى بسوطه، فقال النبيّ صلّى الله عليه و آله: أعطوه منتهى سوطه، و اقطع بلال بن الحارث - إلخ».

و السادس: (أو محجرا) كما قاله الشيخ في المبسوط: «و إذا تحجّر صار أحقّ به من غيره» لأنّه من الشروع بالإحياء فيكون له حق الاسبقية - بدليل قاعده السبق التي تقدم تقريبا شمولها للمقام - و ان لم يبلغ حد الإحياء فإنه بالشروع يفيد أولويه لا يصح لغيره التخطي إليه إلّا أن يهمل الإتمام، فللحاكم حينئذ إزامه به، أو رفع يده عنه، فإن امتنع إذن لغيره في الإحياء، و إن اعتذر بشاغل أمهله مده يزول عذره فيها.

و قد يستدل لكون التحجير موجبا للأولويه بما روى عن النبيّ صلّى الله عليه و آله: «من احاط حائطا على أرض فهي له» (١).

و فيه: انه ضعيف السند، اذ روى في عوالي اللآلي عن سمره بن جندب عن النبيّ صلّى الله عليه و آله، و السند الى سمره غير معلوم، و على تقدير العلم به فهو غير نافع لان حال سمره غير خاف على أحد.

ص: ٣٠٣

و ما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «من سبق الى ما لا يسبقه اليه المسلم فهو احق به»(١).

و فيه: ان السند ضعيف بالارسال نعم يصلحان للتأييد .

و الناس و ان كان لهم حق الاحياء او التحجير فى اراضى الموات الا ان لولى المسلمين المنع منهما بحكم ولايته فيما اذا كان ذلك موجبا للاخلال بالنظام, لأنهما و ان جازا بالعنوان الاولى الا ان فسح المجال من هذه الناحيه بدون تحديد قد يسبب الاخلال بالنظام فلولى الامر المنع منهما بالعنوان الثانوى لأنه المسؤول عن حفظ النظام.

و حول الفرق بين التحجير و الإحياء قال العلامة فى المختلف «الإحياء عند الشيخ مغاير للتحجير فالإحياء يختلف فللدار الحائط و السقف، و للحظيره الحائط، و للمزرعه نصب المروز و سوق الماء إليها، و التحجير بنصب المرز و غيره كبناء الحائط فى الدار، و كان بعض فقهاءنا المتأخرين يسمّى التحجير إحياء و ليس بجيد، قال: و الإحياء فى العرف ما ذكره الشيخ» و الحاصل ان الاحياء عرفا هو إيجاد شىء فى الأرض يخرجها عن الموات، و التحجير شروع به لكنه لم يبلغ حد الاحياء .

حصيله البحث:

ص: ٣٠٤

شروط الإحياء المملّك ستّة: انتفاء يد الغير و انتفاء ملكٍ سابقٍ و انتفاء كونه حريماً لعامراً و كونه مشعراً للعباده أو مقطعاً أو محجّراً، و الناس و ان كان لهم حق الاحياء او التحجير في اراضى الموات إلا ان لولى المسلمين المنع منهما بحكم ولايته فيما اذا كان ذلك موجبا للإخلال بالنظام .

حریم بعض الأملاك

(و حریم العين ألف ذراع في الرّخوه و خمسمائه في الصّلبه)

قال في الجواهر: «في محكى الخلاف عليه إجماع الفرقه و أخبارهم»^(١) قلت: لم يُذكر له مستند من طرقنا و التفصيل المذكور في البئر لا في العين كما سيأتى في حریم القناه، و الذى ورد في أخبارنا في العين خمسمائه مطلقا كما في معتبر السكونيّ، عن الصادق عليه السّلام، عن النّبىّ صلّى الله عليه و آله- في خبر- و بين العين إلى العين- يعنى القناه- خمسمائه ذراع- الخبر^(٢) و خبر مسمع بن عبد الملك، عن الصادق عليه السّلام، عن النّبىّ صلّى الله عليه و آله- في خبر- و ما بين العين إلى العين خمسمائه ذراع- الخبر^(٣).

ص: ٣٠٥

١- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ٣٨، ص: ٤٤

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٢٩٦ باب جامع فى حریم الحقوق

٣- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٢٩٥ باب جامع فى حریم الحقوق

و من المحتمل أن يكون استناد المشهور في التفصيل في العين إلى مرسله الإسكافي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَقَالَ: «و روى قضى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ يَكُونُ بَيْنَ الْعَيْنَيْنِ فِي الْأَرْضِ الرَّخْوَةُ أَلْفُ ذِرَاعٍ فِي الْعَرْضِ وَ فِي الْأَرْضِ الصَّلْبَةُ خَمْسَمِائَةَ ذِرَاعٍ» (١) وَ تَكُونُ شَاهِدَ جَمْعٍ بَيْنَ الْخَبْرَيْنِ الْمُتَقَدِّمِينَ وَ بَيْنَ مَرْسَلِ مُحَمَّدِ بْنِ حَفْصٍ عَنِ الصَّادِقِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) فِيهِ: «و قَالَ: يَكُونُ بَيْنَ الْعَيْنَيْنِ أَلْفُ ذِرَاعٍ» (٢) بِحَمَلِهِ عَلَى الرَّخْوَةِ وَ الْأُولَيْنِ عَلَى الصَّلْبَةِ. وَ فِيهِ: أَنَّ الرَّوَايَةَ لَمْ تُثَبِّتْ مِنْ طَرَفِنَا وَ لَعَلَّ الْإِسْكَافِي أَخَذَهَا مِنَ الْعَامَةِ وَ الْجَمْعَ الْمَذْكُورَ تَبَرُّعِي وَ مَرْسَلِ ابْنِ حَفْصٍ ضَعِيفٍ لَا يَعُولُ عَلَيْهِ .

وَ الْأَقْوَى اِرْجَاعُ هَذِهِ النُّصُوصِ إِلَى مَا فِيهِ الْإِضْرَارُ فَيَمْتَدُّ الْحَرِيمُ إِلَى مَا لَا يَضُرُّ الثَّانِي بِالْأُولَى كَمَا قَالَ الْإِسْكَافِي «حَدَّ ذَلِكُ أَنَّ لَا يَضُرُّ الثَّانِي بِالْأُولَى» (٣) كَمَا يَشْهَدُ لِذَلِكَ مَا فِي الصَّحِيحِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: «كُتِبَتْ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) رَجُلٌ كَانَتْ لَهُ قَنَاةٌ فِي قَرْيَةٍ فَأَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يَحْفَرَ قَنَاةً أُخْرَى إِلَى قَرْيَةٍ لَهُ كَمَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا فِي الْبَعْدِ حَتَّى لَا يَضُرَّ بِالْأُخْرَى فِي الْأَرْضِ إِذَا كَانَتْ صَلْبَةً أَوْ رَخْوَةً؟ فَوَقَّعَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: عَلَى حَسَبِ أَنْ لَا يَضُرُّ إِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ» (٤) وَ رَوَاهُ التَّهْذِيبُ صَحِيحًا عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ

ص: ٣٠٦

-
- ١- النجعة ج ١٠ كتاب احياء الموات
 - ٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٩٣ باب الضرار
 - ٣- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٣٨، ص: ٤٤
 - ٤- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٩٣ و في بعض النسخ «محمد بن الحسن» و المراد به الصفار؛ و اذا كان ابن الحسين فالمراد به ابن أبي الخطاب .

محبوب(1) و قال الصدوق و روى عن محمد بن على بن محبوب قال: كتب رجل إلى الفقيه (عليه السلام) الخ(2) و كيف كان فهو موثوق به بل يكفى فى المقام عموم لا ضرر و لا ضرار .

و حریم بئر الناضح ستون ذراعا

(و حریم بئر الناضح ستون ذراعا و المعطن أربعون ذراعا)

فى النهايه: «النواضح: الإبل يستقى عليها، واحدها: ناضح» و «المعطن: مبرك الإبل حول الماء»، و فى الصحاح: «و المعطن واحد الأعطان و المعاطن، و هى مبارك الإبل عند الماء لتشرب علا بعد نهل فاذا استوتفت ردت إلى المراعى».

و يشهد لما فى المتن خبر مسمع بن عبد الملك، عن الصادق عليه السلام، عن النبى صلى الله عليه و آله ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعا و ما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعا- الخبر(3) و مثله ما فى

ص: ٣٠٧

-
- ١- تهذيب الأحكام؛ ج ٧ ص ١٤٦ باب بيع الماء و المنع منه و الكلال و حریم الحقوق
 - ٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٣٨ لكن فيه كما التهذيب بدل «إلى قريه له» «فوقه» و فيهما بدل «فى الأرض إذا كانت صلبه» «فى أرض إذا كانت صعبه» .
 - ٣- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٢٩٥ باب جامع فى حریم الحقوق

معتبر السكونيّ المتقدم^(١)، و مثلهما نقل عن كتاب قضايا إبراهيم ابن هاشم بلفظ «و قضى عليه السّلام» و الظاهر أنّ مراده أمير المؤمنين عليه السّلام.

حریم بئر المعطن

و دلّلاً ايضاً على ان حریم بئر المعطن الى مثلها أربعون ذراعاً.

و اما خبر وهب بن وهب، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليهما السلام أنّ علي بن أبي طالب (عليه السلام) كان يقول حریم البئر العاديّه خمسون ذراعاً، إلّا أنّ يكون إلى عطن أو إلى طريق فيكون أقلّ من ذلك إلى خمس و عشرين ذراعاً^(٢) و رواه الحميري عنه مع زياده فيه «و حریم البئر المحدثه خمس و عشرون ذراعاً»^(٣) فضعيف سنداً و يردّه صحيح حمّاد بن عثمان، عن الصادق (عليه السلام) «حریم البئر العاديّه أربعون ذراعاً حولها»^(٤). و العاديّه في مقابل المحدثه، و خص عاداً بالذكر لأنها في الزمن الأول كانت لها آبار في الأرض فنسب إليها كل قديم .

ثمّ إنّ الإسكافيّ قال في الناضح: «و لو كان البلاد ممّا لا يسقى فيها إلّا بالناضح كان حریم البئر قدر عمقها ممراً للناضح، و قال: «يحتمل في

ص: ٣٠٨

-
- ١- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٢٩٦ باب جامع في حریم الحقوق
 - ٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٠١ باب حكم الحریم
 - ٣- قرب الإسناد (ط - الحديثه)، متن، ص: ١٤٦ ح ٥٢٦
 - ٤- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٢٩٦ باب جامع في حریم الحقوق

الحديث عن النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «أَنَّ حَرِيمَ النَّاضِحِ سِتُّونَ» «قَدْرَ عَمَقِ الْآبَارِ فِي تِلْكَ الْبِلَادِ الَّتِي حُكِمَ بِذَلِكَ فِيهَا» (١). و فيه: انه مجرد احتمال فلا عبره به .

وقال أيضا في المعطن: «و لو كان بقرب المكان الذي يريد الحافر حفر البئر فيه بئر عاديّه محفوره قبل الإسلام و ماؤها نابع يمكن شربه بالنزع له فقد روى عن النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «حَرِيمَ الْبَيْتْرِ إِذَا كَانَ حَفْرًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ خَمْسُونَ ذِرَاعًا وَ إِنْ حَفَرْتَ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ خَمْسَ وَ عَشْرُونَ ذِرَاعًا» (٢). قلت: الظاهر ان مراده من الجاهليّه و الإسلام العاديّه و المحدثه, و كأنّه استند إلى خبر وهب المتقدّم و قد عرفت ضعفه .

حريم القناه

و اما خبر عقبه بن خالد، عن الصّادق عليه السّلام: «يكون بين البئرين إن كانت أرضا صلبه خمسمائه ذراع، و ان كانت أرضا رخوه فألف ذراع» (٣) فهو مع ضعفه سندا موافق للمشهور بحمل البئرين على بئري القانتين بل ذيله بروايه التهذيب قرينه على هذا الحمل ففيه: «أَنَّ الْبَيْتْرَيْنِ يُقَاسَانِ لَيْلَهُ لَيْلَهُ

ص: ٣٠٩

١- النجعه ج ١٠ كتاب احياء الموات

٢- النجعه ج ١٠ كتاب احياء الموات

٣- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ٢٩٦ باب جامع في حريم الحقوق

فإن كانت الأخيره أخذت ماء الاولى عوّرت الأخيره، و ان كانت الأولى أخذت ماء الأخيره لم يكن لصاحب الأخيره على الاولى سبيل»(١).

و روى هذا الذيل الفقيه عن عقبه بن خالد ففيه: «فى رجل أتى جبلا فشقّ منه قناه جرى ماؤها سنه ثم إن رجلا أتى ذلك الجبل فشقّ منه قناه أخرى فذهبت قناه الآخر بماء قناه الأول، قال: يقايسان بحقائب البئر ليله ليله فينظر أيتها أضرت لصاحبها فان كانت الأخيره أضرت بالأولى فليتعوّر، وقضى التّبيّ صلى الله عليه وآله بذلك، و قال: إن كانت الأولى أخذت ماء الأخيره لم يكن لصاحب الأخيره على الاولى سبيل»(٢) و لم يذكر الصدوق سنده اليه فى المشيخه و الظاهر انه اخذه من كتابه و سنده الى كتابه ذكره الشيخ الفهرست فقال: عقبه بن خالد له كتاب. أخبرنا عده من أصحابنا عن محمد بن على بن الحسين عن أبيه و محمد بن الحسن عن سعد بن عبد الله عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبد الله بن هلال عن عقبه بن خالد(٣) قلت: و هو من محمد بن الحسين مشترك مع سند الشيخ و الكلينى و لا اشكال فيه ألا من جهة محمد بن عبد الله بن هلال و نفس عقبه فانهما مهملان و يكفى فى الوثوق بالخبر عمل المشهور به و اعتماد الصدوق على كتاب عقبه و اعتماد الكلينى على الخبر .

ص: ٣١٠

-
- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٤٥ باب ١٠ بيع الماء و المنع منه
 - ٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٠٢ باب حكم الحریم
 - ٣- فهرست الطوسى /باب العين /باب عقبه /٣٣٩

و حريم الحائظ مطرح آلاته

(و حريم الحائظ مطرح آلاته و حريم الدار مطرح ترابها و ثلوجها و مسلك الدخول و الخروج في صوب الباب)

ليس بما قاله نص لکنه مما يشهد له العرف، نعم يدل على ذلك مع الغاء الخصوصيه معتبر السكوني عن الصادق، عن آبائه (عليه السلام) «عن النبي صلى الله عليه و آله قضى في رجل باع نخله و استثنى نخله، ففضى له بالمدخل إليها و المخرج منها و مدى جرائدها» (١).

و المرجع في الأحياء إلى العرف

(و المرجع في الأحياء إلى العرف كعضد الشجر من الأرض) أى قطعه، و المراد قطع الأشجار النابتة بنفسها المانعه من الاستفاده (و قطع المياه الغالبه) المانعه عن الزرع و الغرس (و التحجير بحائظ أو مرز) قال الشيخ في المبسوط: «و أمّا الأحياء للزراع فهو أن يجمع حولها ترابا و هو الذى يسمّى ميرزا». و فى اللسان: «و المرز: الحباس الذى يحبس الماء فارسى معرب عن أبى حنيفه و الجمع مروز» (أو مسناه) قال فى المغرب: «المسنّاه ما بينى للسيل ليرد الماء» و اقتصر الصحاح و القاموس على أنّ المسنّاه العرم. و فى الأساس «و عقدوا مسنّاه و مسنّيات لحبس الماء» و فى اللسان «و المسنّاه ضفيره تبنى للسيل لتردّ الماء، سمّيت مسنّاه لأنّ فيها مفاتيح للماء

ص: ٣١١

بقدر ما تحتاج إليه ممّا لا يغلب، مأخوذ من قولك سنّيت الشىء و الأمر إذا فتحت وجهه» (و سوق الماء أو اعتياد الغيث لمن أراد الزرع و الغرس)

و الحاصل ان الاحياء عرفا هو إيجاد شىء في الأرض يخرجها عن الموات.

(و كالحائط لمن أراد الحظيره، و مع السقف ان أراد البيت)

قال في المغرب: الحظر المنع و الحوز و منه حظيره الإبل و يقال: احتظر إذا اتخذ حظيره لنفسه و حظرا لغيره و فى المبسوط: «و أمّا إذا أخذها للحظيره فقدر الإحياء أن يحوطها بحائط من آجر أو لبن أو طين و هو الرّهص أو خشب، و ليس من شرط الحظيره أن يجعل لها سقفا، و قال: و إحيائها للدّار فهى بأن يحوّط عليها حائطا و يسقف عليه فاذا فعل ذلك فقد أحيها و ملكها ملكا مستقرا، قال: و تعليق الأبواب فى الدور و الحظيره ليس من شرطه، و فيهم من قال: هو شرط».

حصيله البحث:

حریم العين خمسمائه ذراع، و حریم بئر الناضح ستون ذراعاً و المعطن أربعون ذراعاً و حریم القناه إن كانت أرضا صلبه فخمسمائه ذراع، و ان كانت أرضا رخوه فألف ذراع و الاقوى ان هذه التحديدات لدفع ما فيه الإضرار فيمتد الحریم الى ما لا يضر الثانى بالأول، و حریم الحائط مطرح آلاته، و الدّار مطرح ترابها و ثلوجها، و مسلك الدّخول و الخروج فى صوب الباب، و المرجع فى الإحياء إلى العرف كعضد الشجر و قطع المياه

ص: ٣١٢

الغالبه و التّحجير بحائطٍ أو مرزٍ أو مسنّاهٍ، و سوق الماء أو اعتياد الغيث لمن أراد الزّرع و الغرس، و كالحائط لمن أراد الحظيره، و مع السّقف إن أراد البيت و المعيار هو العرف .

القول فى المشتركات

(القول فى المشتركات) بين الناس فى الجملة و إن كان بعضها مختصا بفريق خاص. قيل: و هى أنواع ترجع أصولها إلى ثلاثه: الماء، و المعدن، و المنافع، و المنافع سته: المساجد و المشاهد، و المدارس، و الرباط، و الطرق، و مقاعد الأسواق .

فمنها المسجد

(فمنها المسجد فمن سبق الى مكان منه فهو أولى به)

للمستفيضه كصحيح ابن أبى عمير، عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السّلام: «سوق المسلمين كمسجدهم - يعنى إذا سبق إلى السوق كان له مثل المسجد»^(١) و لا يضر ارساله لان ابن ابى عمير من اصحاب الاجماع و خبره موجب للوثوق .

ص: ٣١٣

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٥٥ باب السبق إلى السوق

و معتبر طلحه بن زيد، عن الصادق عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحقّ به إلى الليل و كان لا يأخذ على بيوت السوق الكراء»^(١).

و معتبر ابن بزيع، عن بعض أصحابه، عن الصادق (عليه السلام) «قلت: نكون بمكّه أو بالمدينه أو الحيره أو المواضع التي يرجى فيها الفضل فربّما خرج الرجل يتوضّأ فيجىء آخر فيصير مكانه، قال: من سبق إلى موضع فهو أحقّ به يومه و ليله»^(٢).

(فلو فارق بطل حقه ألا أن يكون رحله باقيا و ينوى العود) لانه لا يعد عرفا مفارقا له و قد يستدل عليه بما يلي:

أ- التمسك بالحديث الوارد: «اذا قام الرجل من مجلسه ثم عاد اليه فهو احق به»^(٣).

و فيه: انه لم يرد من طرفنا فلا يمكن الاعتماد عليه.

ب- التمسك بمرسل محمد بن اسماعيل بن بزيع المتقدم

ص: ٣١٤

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٢ ص ٦٦٢ باب الجلوس

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٥٤٦ باب النوادر

٣- سنن البيهقي ٦: ١٥١

و فيه: انه ضعيف سنداً بالارسال و دلالة باعتبار ان مضمونه مهجور لدى الاصحاب حيث يلتزمون بدوران الاحقيه مدار شغل المحل و ليس مدار اليوم و الليله.

ج- التمسك بمعتبر طلحه بن زيد عن ابي عبد الله عليه السلام: «قال امير المؤمنين عليه السلام: سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو احق به الى الليل...»(١).

و فيه: انه من حيث السند و ان امكن الحكم باعتباره- اذ لا مشكله فيه الا من حيث طلحه، و هو و ان لم يوثق بالخصوص و لكن يكفي لاعتباره تعبیر الشيخ عنه في الفهرست بان له كتاباً معتمداً(٢) الا ان دلالاته قابله للتأمل، فان تحديد الفتره ب «الى الليل» ان كان راجعاً الى السوق و المسجد معا فيرده ما تقدم من عدم التزام الاصحاب بتحديد الفتره الى الليل. و ان كان راجعاً الى السوق فقط- باعتبار ان فتره الحاجه الى السوق تتحدد بذلك و يبقى المسجد يدور الامر فيه مدار الحاجه من دون تحديد بالليل- فهذا و ان كان وجيهاً، و لكنه غير نافع لان لازمه زوال الحق بانتفاء الحاجه و مفارقه المحل سواء نوى العود أم لا، و سواء أبقى شيئاً من الرحل أم لا.

د- التمسك بصحيحه ابن ابي عمير المتقدمه. و فيه: ان الدلاله ضعيفه لان المراد منها مردد بين احتمالين، فاما ان يكون المقصود ان سوق المسلمين

ص: ٣١٥

١- وسائل الشيعة ٣: ٥٤٢ الباب ٥٦ من أبواب أحكام المساجد الحديث ٢

٢- الفهرست: ٨٦ الرقم ٣٦٢

كمسجدهم فى ان من سبق يكون احق من غيره، او يكون المقصود هو احق من غيره ما دام شاغلا للمحل، و كلاهما لا ينفعان،
اما الاول فلعدم تحديد مقدار الاحقيه فيه، و اما الثانى فلان لازمه ارتفاع الاحقيه بمفارقة المحل كما تقدم.

نعم يمكن التمسك بسيره العقلاء، فانها منعقدہ فى الاماكن العامه المشتركه على عدم سقوط الحق بمفارقة المحل بعد ابقاء شىء من الرحل فيه. و حيث ان السيره المذكوره لم يردع عنها فتكون ممضاه و حجه، لكن لا بد ان تكون فتره المفارقة قصيره فان ذلك هو القدر المتيقن من السيره.

واما وضع الرحل قبل دخول وقت الصلاه بقصد الاستفاده من المحل عند دخوله فلا- يؤلمد حقا لصاحب الرحل مع افتراض الفاصل الزمنى المعتد به و ذلك لعدم دلالة دليل عليه. و قد يقال بان عنوان السيق المذكور فى مرسل محمد بن اسماعيل و معتبر طلحه صادق بمجرد وضع الرحل فتثبت الاحقيه بذلك.

و لكن قد تقدمت المناقشه فى دلالتها معا فلاحظ. هذا اذا كان الفاصل الزمنى طويلا، بل و لو كان قصيرا لعين ما تقدم .

(و لو استبق اثنان و لم يمكن الجمع أقرع)

لان القرعه لكل امر مجهول و يشهد لذلك مع الغاء خصوصيه المورد صحيح عبيد الله الحلبى، عن الصادق (عليه السلام) «فى رجل قال: أول مملوك

أملكه فهو حرّ، فورث سبعة جميعا، قال: يقرع بينهم و يعتق الذي خرج سهمه»(١).

و صحيح محمّد بن مسلم سألت أبا جعفر (عليه السلام) «عن رجل يكون له المملوكون فيوصى بعنق ثلثهم، قال: كان عليّ (عليه السلام) يسهم بينهم»(٢).

و من الصحيحين يعلم بطلان القول باختصاص القرعه بما كان مجهولا عندنا معينا في نفس الأمر، فإنّ الصحيحين مختصان بما هو مجهول في نفس الأمر.

و منها المدرسه و الرباط

(و منها المدرسه و الرباط فمن سكن بيتا منهما ممّن له السكنى فهو أحق به و ان تطاولت المدّه) لقاعده السبق المتقدمه و هي و ان كان موردها السوق و المسجد لكنها لا اختصاص لها بهما و شامله للمقام ايضا .

(الّا مع مخالفه شرط الواقف) لعموم الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها.

(و له أن يمنع من يشاركه) لما فيها من الضرر (إذا كان المسكن) الذي أقام به معدا (لواحد) فلو أعد لما فوقه لم يكن له منع الزائد عنه إلّا أن يزيد عن النصاب المشروط.

ص: ٣١٧

١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٩٤ باب الحكم بالقرعه

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٩٤ باب الحكم بالقرعه

(و لو فارق لغير عذر بطل حقه)

لقصور ادله السبق عن شمولها لما بعد المفارقة و خلو المكان الموجب لاستحقاق غيره إشغاله. و مفهوم كلام المصنف أنه لو فارق لعذر لم يسقط حقه مطلقا. و يرد ما تقدم من قصور ادله السبق عن شمولها لما بعد المفارقة و لو لعذر كان .

و منها الطرق

(و منها الطرق و فائدتها الاستطراق و الناس فيها شرع) كما هو مقتضى السير المستمره في جميع الأعصار و الأمصار .

(و يمنع من الانتفاع بها في غير ذلك مما يفوت به منفعه الماره فلا يجوز الجلوس فيها للبيع و الشراء) لقاعده لا ضرر و لا ضرار الداله على نفي الحكم الضررى و حرمة الاضرار بالغير .

(إلا مع السعه حيث لا ضرر) فالاصل الاباحه .

(فاذا فارق بطل حقه) لعدم جريان قاعده السبق المتقدمه .

و منها المياه المباحه

(و منها المياه المباحه)

ص: ٣١٨

هذا و لا- يخفى ان الاشياء كلها على الاباحه العامه أآ ما خرج بالدليل كالارض الخراجيه و الانفال كما يستفاد ذلك من قوله تعالى: {خلق لكم مآ في الأرض جميعاً} (١) مضافا الى سيره المتشرعه، فانها منعقدہ على تملك الماء و الطيور و الاسماك و الحيوانات و الاعشاب و ما شاكل ذلك بالحيازه، و لا يحتمل نشوء مثل السيره المذكوره عن تهاون و تسامح، فانها منعقدہ في حق جميع المتشرعه، و ذلك يكشف عن وصولها يدا بيد من معدن العصمه و الطهاره.

(فمن سبق الى اغتراف شىء منها) اى من المياه (فهو اولى به و تملكه مع تيه التملك)

لأن المباح لا يملك إلا بالأحراز و النيه و لو لم ينو كان كالعابث لا يستفيد احرازه أولويه فضلا عن الملكيه، و يكفى الشك فى تحقق الملك بلا نيه التملك و الاصل عدمه .

(و من أجرى منها) أى من المياه المباحه (نهرًا) بنيه التملك (ملك الماء المجرى فيه) لوجود المقتضى من الحيازه و قصد التملك و انتفاء المانع، و قال المصنف فى الدروس: يجوز بيع الماء المملوك و إن فضل عن حاجه صاحبه، و لكنه يكره وفاقا للفاضلين و الفاضلين. و قال الشيخ فى المبسوط و الخلاف: فى ماء البئر إن فضل عنه شىء و جب بذله لشرب السابله و

ص: ٣١٩

١- البقره: ٢٩

الماشيه لا لسقى الزرع، و هو قول ابن الجنيد لقوله عليه السلام: الناس شركاء في ثلاث: الماء و الكلاء و النار(١).

اقول: ما نقله عن ابن الجنيد هو خبر محمد بن سنان عن أبي الحسن (عليه السلام) قال «سألته عن ماء الوادى فقال إن المسلمين شركاء في الماء و النار و الكلاء»(٢) و هو ضعيف سندا و تفرد الشيخ بنقله و محمول على ما قبل الحيازه و التملك و مثله روى العامه: «عن رجل من المهاجرين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: غزوت مع النبي (ص) و سلم ثلاثا اسمعه يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الكلاء و الماء و النار»(٣).

نعم يكره بيع النطاف و الاربعاء لموثقه ابى بصير عن ابى عبد الله عليه السلام: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن النطاف و الاربعاء. قال: و الاربعاء ان يسنى مسناه فيحمل الماء فيسقى به الأرض ثم يستغنى عنه فقال: فلا تبعه و لكن اعره جارك. و النطاف ان يكون له الشرب فيستغنى عنه فيقول: لا تبعه، اعره اخاك او جارك»(٤) و النطاف جمع النطفه و هى الماء الصافى. و الاربعاء جمع الربيع و هو النهر الصغير الذى يستقى به الأرض و المسناه ما بينى للسيل ليرد الماء، و دلالتها على الملكيه واضحه بقربينه الامر بالاعاره .

ص: ٣٢٠

١- الدروس الشرعيه ج ٣ ص ٦٧

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٣٩ باب بيع الكلاء و الزرع و...

٣- سنن ابى داود السجستاني ج ٣ باب فى منع الماء خبر ٤ من كتاب البيوع

٤- وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٣ الباب ٧ من ابواب احياء الموات الحديث ١.

(و من اجرى عينا فكذلك) يملكها مع نيه التملك (و كذا من احتقن شيئا من مياه الغيث أو السيل) يملكه مع نيه التملك (و من حفر بئرا ملك الماء بوصوله اليه) إذا قصد التملك كما تقدم .

(و لو قصد الانتفاع بالماء و المفارقة فهو أولى به ما دام نازلا عليه) لشمول قاعده السبق المتقدمه له .

و منها المعادن

(و منها المعادن) و قد تقدم انها ليست من الانفصال ألّا ما كان فى مواقع الانفال، و اما تساوى الناس فى المعادن فهو مقتضى الاصل بعد عدم كونها من الانفال.

(فالظاهره) المعدن الظاهر هو الذى لا يحتاج فى ابراز طبيعته و خصائصه المعدنيه الى بذل جهود من دون فرق بين كونه على سطح الارض او فى اعماقها، بخلاف الباطن فانه ما احتاج الى ذلك حتى و لو لم يوجد فى اعماق الارض، كما هو الحال فى الحديد و الذهب و الفضة و نحوها و فى المبسوط «المعادن الظاهره الماء و القير و النّفط و الموميا و الكبريت و الملح» .

(لا تملك بالاحياء) بل ليس فيها احياء بعد ظهورها لأن احياء المعدن اظهاره، و لا نملك نصا شرعيا يدل على ان الحيازه سبب للملك ليمسك باطلاقه لإثبات تحقق الملكيه حتى للمقدار الزائد عن حاجه الشخص، بل

المدرک هو السيره الممتده الى عصر التشريع حيث كان الفرد يحوز المعدن من دون صدور ردع شرعى عن ذلك، و من الواضح ان ما انعقدت عليه السيره ذلك الحين هو الحيازه فى حدود حاجه الفرد نفسه و لم توجد فى تلك الفتره الاجهزه الحديثه التى يتمكن الفرد من خلالها من حيازه ما يزيد على حاجته بأضعاف مضاعفه.

و عليه يبقى المقدار الزائد على الحاجه بلا- دليل يدل على تملك الحائز له، و من ثم يبقى على حالته السابقه، و هى كونه من المشتركات العامه .

(و لا يجوز ان يقطعها السلطان العادل)

لاشتراك الناس فيها كما تقدم , نعم يجوز ذلك لامام الاصل (عليه السلام) نظرا إلى عموم ولايته, قال الشيخ فى المبسوط «ليس للسلطان أن يقطع المعدن الظاهر، بل الناس كلهم فيه سواء يأخذون منه قدر حاجتهم بل يجب عندنا فيها الخمس، و لا خلاف أن ذلك لا يملك» .

(و من سبق إليها فله أخذ حاجته)

أى أخذ ما شاء و إن زاد عما يحتاج إليه، لثبوت الأحقيه بالسبق .

(فان توافيا عليها و أمكن القسمة و جب)

لتساويهما فى سبب الاستحقاق، و إمكان الجمع بينهما فيه بالقسمة .

(و الّا أقرع) لان القرعه لكل امر مجهول .

ص: ٣٢٢

اقول: وفيه قولان اخران فقال الشيخ في المبسوط «فان سبق إليه اثنان أقرع بينهما الإمام و قيل: إنه يقدم أيهما شاء، و قيل يقيم الإمام من يأخذه فيقسم بينهما». قلت: و يردهما انه على الامام رعايه الحكم الاولي و هو القرعه فلا تصل النوبه الى ما فيهما .

(و الباطنه تملك ببلوغ نيلها)

و ذلك هو إحيائها قال الشيخ في المبسوط «و اما المعادن الباطنه مثل الذهب و الفضة و النحاس و الرصاص و حجاره البرام و غيرها ممّا يكون في بطون الأرض و الجبال و لا يظهر إلّا بالعمل فيها و المؤونه عليها فهل تملك بالاحياء قيل: تملك و هو الصحيح عندنا»، و قال: «و إنّ إحياءه أن يبلغ نيله و ما دون البلوغ فهو تحجير و ليس بإحياء فيصير أولى به مثل الموات».

و قد يشكك بملكه مجموع المعادن بالاحياء بانه لو سلمنا بكون ذلك نحو من الاحياء و الحيازه لمجموع المعادن الا انه لا نملك دليلا يدل على تحقق ملك مجموع المعادن بهذا النحو من الاحياء و الحيازه على ما تقدم توضيحه في تملك المعادن الظاهره .

و فيه: ان صحيحه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام: «سألته عن معادن الذهب و الفضة و الصفر و الحديد و الرصاص فقال: عليها الخمس

ص: ٣٢٣

جميعاً»^(١) الداله على تعلق الخمس بالمعدن عند استخراجها، تدل بالالتزام على تملك المخرج للباقي مهما بلغ مقداره بعد اخراج الخمس.

لا يقال: ان مثل الصحيحه المذكوره ناظره الى المورد الذي يفترض فيه تملك الشخص للمعدن باستخراجه له، اما ما هو ذلك المورد فليست ناظره اليه.

فانه يقال: ان السؤال فى الصحيحه وقع عن معادن الذهب و الفضة و الصفر و الحديد و الرصاص و عليه فهى ناظره اليها باجمعها و افتراضها منقسمه الى قسمين قسم افترض فيه تملك الشخص للمعدن و قسم غيره مخالف لظهورها بل لصريها , مضافا الى ان افتراض قسم يملكه الشخص يناقض دعوى عدم مالكيه المعدن فالمدعى ان المعدن لا يملك فكيف فرض ان قسما منه يملك و هل هذا الّا تناقض .

و من احكام المشتريات

١- قيل: و لو كان المعدن فى أرض مملوكه فهو بحكمها، و كذا لو أحيأ أرضا مواتا فظهر معدن فإنه يملكه و إن كان ظاهرا إلاً أن يكون ظهوره سابقا على إحيائه و قد يوجب بانه نماء لها، و نماء المال يتبع اصله فى الملكيه.

ص: ٣٢٤

١- وسائل الشيعه ٦: ٣٤٢ الباب ٣ من ابواب ما يجب فيه الخمس الحديث ١

وفيه: ان المقام ليس مصداقا للنماء و الثمره بل مصداق للظرف و المظروف، و واضح ان ملكيه الظرف لا- تلازم ملكيه المظروف و عليه فلا يتم هذا القيل الا اذا انعقد اجماع تعبدى او سيره عقلائييه عليه و الاول لم يثبت و اما السيره فالمتيقن منها هو انه يمنع غير المالك من الدخول الى ملك الغير لا ان مالك الارض مالك لها من دون حيازته و قصد تملك .

٢- و قيل: من كان مالكا لأرض كان مالكا لعين الماء التى يتم كشفها فيها على ما هو المعروف وقد يستدل لذلك بانها من نماءاتها و ان كشف العين نحو حيازته لها، و الحيازته سبب للملكيه.

وفيه: اما الاول فقد تقدم الجواب عنه و اما الثانى فيتم لو فرض وجود نص شرعى يدل على ذلك ليتمسك باطلاقه، و لكنه مفقود، و المستند لذلك ليس الا السيره العقلائييه، و هى لا- يمكن التمسك بها فى المقام لعدم الجزم بانعقاد مثلها فى عصر الائمه عليهم السلام.

و مع التنزل و افتراض انعقادها فتاره يفترض انعقادها من المتشرعه بما هم متشرعه، و اخرى يفترض انعقادها منهم بما هم عقلاء، و الاول لا- يمكن الجزم به، و الثانى لا- ينفع لان سيره العقلاء لا تكون حجه الا فى فرض الجزم بعدم الردع عنها ليتحقق العلم بالامضاء، و الجزم المذكور لا يمكن حصوله بعد مثل خبر عقبه بن خالد عن ابى عبد الله عليه السلام: «قضى

رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بَيْنَ ... أَهْلِ الْبَادِيَةِ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ فَضْلَ مَاءٍ لِيَمْنَعَ فَضْلَ كَلَاءٍ» (١).

وَإِذَا قِيلَ: أَنَّهُ ضَعِيفٌ سِنْدًا بِعَقْبِهِ نَفْسَهُ وَبَعْدَ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ هَلَالٍ فَانْهَمَا مَهْمَلَانِ.

قُلْنَا: إِنْ أَحْتَمَلُ صُدُورَ الرَّوَايَةِ مَوْجُودَ جُزْمًا، وَمَعَهُ فَكَيْفَ يَحْصُلُ الْجُزْمُ بَعْدَ صُدُورِ الرَّدْعِ؟

وَبِكَلِمَةٍ أُخْرَى: إِنْ أَحْتَمَلُ صُدُورَ الرَّدْعِ وَ لَوْ بِسَبَبِ وَجُودِ رَوَايَةٍ ضَعِيفَةٍ يَكْفِي لَعَدَمِ حُجِيِّهِ السِّيَرِ.

وَ هَذِهِ نَكْتَةٌ مَهْمَةٌ فِي بَابِ السِّيَرِ الْعَقْلَائِيَّةِ تَنْبَغِي مِرَاعَاتِهَا.

وَ الْحَاصِلُ أَنَّهُ لَا دَلِيلَ عَلَى تَبْعِيهِ عَيْنِ الْمَاءِ وَ الْمَعَادِنِ وَ نَحْوَهُمَا لِلْأَرْضِ فِي الْمَلِكِيَّةِ بَلْ ذَلِكَ بَاقٍ عَلَى الْإِبَاحَةِ الْعَامَّةِ إِلَّا إِذَا فَرَضَ تَصَدَّى مَالِكُ الْأَرْضِ نَفْسَهُ لِلْحَفْرِ وَ التَّنْقِيبِ فَانْ ذَلِكَ يُؤَلِّدُ لَهُ أَوْلَوِيَّةً عَلَى غَيْرِهِ وَ لَكِنْ فِي حُدُودِ حَاجَتِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ تَوْضِيحَهُ سَابِقًا.

ص: ٣٢٤

١- وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٣ الباب ٧ من ابواب احياء الموات الحديث ٢؛ و المقصود: لا- يمنع الماء الفاضل عن الحاجة الذي يترتب عليه عدم نزول اصحاب المواشي تلك المنطقة و يترتب على امتناعهم من نزولها المنع من فاضل الكلاء.

ثم انه لا- ينبغي ان يفهم من الحكم بعدم تبعيه العين او المعدن لصاحب الارض فى الملكيه جواز دخول الآخريين فى تلك الارض لمحاولة التوصل الى ذلك، كالا انه تصرف فى مال الغير من دون اذنه، و هو لا يجوز، و لكنه لو فرض عصيان شخص لذلك و تعديه على الحق المذكور و دخوله ارض الغير و استخراجه المعدن و نحوه كان ذلك له و احق به من غيره بالرغم من عصيانه فى المقدمه.

بل يمكن تصوير ذلك من دون عصيان فى المقدمه، كما لو حاول الشخص المذكور الوصول الى المعدن من خلال حفر طريق فى اعماق الارض من ارضه الى ارض الغير المشتمله على المعدن، انه فى مثل ذلك لا يلزم التصرف فى ملك الغير لان المالك لأرض لا يملكها الى منتهى تخومها و لا الى عنان السماء- بل الى ما يمكن ان يصل فى تصرفه اليه مما يعد من حريمها - لعدم قيام دليل على ذلك بل الدليل قائم على عكسه، و لذا لا يعدّ سير الطائرات فى أجواء السماء و سير الحفارات فى الاعماق الساحقه للأرض تصرفا فى املاك الآخريين.

٣- و من حاز لآخر تبرعا او وكاله عنه فالمال للحائز دون الآخر مع قصد تملك الحائز و عدم اعراضه عنه، و ذلك لان دليل تحقق الملكيه بالحيازه ليس ألا السيره، و هى تقتضى ملكيه الحائز نفسه دون غيره. و مجرد قصد الحيازه عن الغير لا يجعل الغير حائزا حقيقه ما لم يحوزه الغير بعد اعراض الحائز له، و كذلك فى من حاز عن الغير وكاله للنكته المتقدمه نفسها، فان الحيازه سبب لملكيه الحائز نفسه دون غيره.

و اذا قيل: انه بعد افتراض تحقق عقد الوكاله فسوف يصدق على الموكل نفسه عنوان الحائز لان فعل الوكيل ينتسب الى الموكل بسبب عقد الوكاله.

قلنا: ان ما ذكر وجيه في الامور الاعتباريه - كالباع و الاجاره و نحوهما - فانه بالتوكيل فيها ينتسب فعل الوكيل الى الموكل فيقال: فلان باع داره، و الحال ان وكيله باعها؛ و اما الامور التكوينييه الخارجه عن دائره الاعتبار فلا يتحقق الانتساب المذكور فيها و لا - معنى للوكاله فيها فلا يصح ان يقال لمن و كل غيره في الاكل او الشرب عنه: انه اكل او شرب. و حيث ان الحيازه هي من الامور التكوينييه دون الاعتباريه فلا تقبل الوكاله و لا تنتسب حيازه الوكيل الى الموكل.

٤- و اما لو كانت تلك الحيازه باجاره على ان يكون المحاز للمستأجر دون الحائز الاجير كما في زماننا حيث يستأجر الشخص او الدوله عمالاً للحفر و التنقيب فقد وقع الشك من قبل اعلام المعاصرين باقتضائها لملكيه المستأجر للشك فيما يستدل به و التي هي وجوه و نحن نكتفي بوجه واحد و هو: ان حيازه الاجير ملك للمستأجر بسبب عقد الاجاره، و حيث ان المحاز يعدّ ثمره و نتيجه للحيازه فيلزم تملك المستأجر له فان من يملك الأصل يملك نتائجه.

و اجيب: بان البيضه تعدّ عرفاً نماء للدجاجه فالمالك للدجاجه يكون مالكا للبيضه، و هذا بخلافه في المعدن فانه لا يعدّ عرفاً نماء للحيازه الا بنحو المجاز. و فيه: ان عقد الاجاره وقع على اعطاء و تحويل ما يحوزه الحائز الى المستأجر و هذا الاعطاء له صورتان اما بعد تملك الحائز له و اما قبل

تملكه له ففي الصورة الاولى وقع عقد الاجاره على تحويل ما ملكه الى المستأجر و هذا لا يكون الا بعد اعراضه عن تملكه و الّا لم يحوله له و لا مانع منه لما تقدم في كتاب اللقطه من ان الغير له تملك ما عرض عنه المالك, و الثانيه و وقع عقد الاجاره فيها على تحويل المباح و لا- مانع منه, نعم في الصورة الاولى له ان لا- يعرض عما حازه و تملكه و حينئذ سوف لم يف بعقد الاجاره.

هذا و حيث يملك المعدن يملك حريمه، و مطرح ترابه، و طريقه، و ما يتوقف عليه عمله إن عمله عنده .

حصيله البحث:

القول في المشتركات: منها المسجد فمن سبق إلى مكانٍ فهو أولى به، فلو فارق بطل حقه إلّا أن يكون رحله باقياً و ينوى العود، و اما وضع الرحل قبل دخول وقت الصلاة بقصد الاستفاده من المحل عند دخوله فلا يؤلّد حقاً لصاحب الرحل، و لو استبق اثنان و لم يمكن الجمع أقرع.

و منها المدرسه و الرباط فمن سكن بيتاً ممن له السّيكنى فهو أحقّ به و إن تناولت المدّه إلّا مع مخالفه شرط الواقف و له أن يمنع من يشاركه إذا كان المسكن معداً لواحدٍ و لو فارقه بطل حقه.

ص: ٣٢٩

و منها الطّرق و فائدتها الاستطراق و النَّاس فيها شرعٌ و يمنع من الانتفاع بها في غير ذلك ممّا يفوت به منفعة المارّه، فلا يجوز الجلوس للبيع و الشراء إلّا مع السّعه حيث لا ضرر، فإذا فارق بطل حقّه.

و منها المياه المباحه فمن سبق إلى اغتراف شىءٍ منها فهو أولى به و يملكه مع نيّهِ التّملك، و يكره بيع النطاف و الاربعاء. و الاربعاء ان يسنى مسناه فيحمل الماء فيسقى به الأرض ثم يستغنى عنه فلا يبيعه و لكن يعيره جارك. و النطاف ان يكون له الشرب فيستغنى عنه فلا يبيعه و لكن يعيره اخاه او جاره، و من أجرى فيها نهراً ملك الماء المجرى فيه، و من أجرى عيناً فكذلك و كذا من احتقن شيئاً من مياه الغيث أو السّيل، و من حفر بئراً ملك الماء بوصوله إليه و لو كان قصده الانتفاع و المفارقة فهو أولى به ما دام نازلاً عليه.

و منها المعادن فالظّاهره لا تملك بالإحياء، و لا يقطعها السّيلطان لاحد نعم يجوز ذلك لامام الاصل (عليه السلام) ، و من سبق إليها فله أخذ حاجته فإن توافيا عليها و أمكن القسمه و جب و إلّا أقرع، و الباطنه تملك ببلوغ نيلها .

قيل: و لو كان المعدن في أرض مملوكه فهو بحكمها، و كذا لو أحيا أرضاً مواتاً فظهر معدن فإنه يملكه و إن كان ظاهراً إلّا أن يكون ظهوره سابقاً على إحيائه و الاقوى عدم الملكيه من دون حيازه و قصد تملكه، و كذلك من كان مالكا لأرض لم يكن مالكا لعين الماء التي يتم كشفها فيها من دون

حيازته و قصد تملكه , نعم غير المالك لا يجوز له الدخول الى ملك الغير من دون اذن مالك الارض .

و من حاز لآخر تبرعا او وكاله عنه فالمال للحائز دون الآخر مع قصد تملك الحائز و عدم اعراضه عنه, و مجرد قصد الحيازه عن الغير لا يجعل الغير حائزا حقيقه ما لم يحوزه الغير بعد اعراض الحائز له.

و لو كانت تلك الحيازه باجاره على ان يكون المحاز للمستأجر دون الحائز الاجير ملك المستأجر ما حازه الغير بعد تحويله له .

ص: ٣٣١

(كتاب الخلع و المبرأه) ٣

صيفه الخلع ٤

حكم ما لو أتى بالطلاق مع العوض.. ١٢

و كل ما يصح أن يكون مهرا صح أن يكون فديه ١٣

و يصح بذل الفديه منها و من و كيلها ١٣

حكم ما لو تلف العوض قبل القبض.. ١٥

و المكاتبه المشروطه كالفنّ. ١٧

و لا يصح الخلع إلا مع كراحتها له ١٨

و لو أكرهها على الفديه فعل حراما ١٩

و إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج. ٢٣

و لو تنازعا في القدر حلفت. ٢٤

المبرأه ٢٧

و هي كالخلع إلا أنها... ٢٨

صيفه المبرأه ٣٣

ص: ٣٣٢

(كتاب الظَّهَار) ٣٥

صيغته الظَّهَار. ٣٩

و هل يختص الظَّهَار بلفظ الظهر؟ ٤١

و لا يقع الَّا منجِّزا ٤٣

و الأقرب صحه توقيته بمده ٤٧

شرائط الظَّهَار ٤٩

و هل يصحَّ من الكافر؟ ٥٣

اشتراط الدخول في تحقق الظَّهَار. ٥٥

و تجب الكفاره بالعود ٥٧

و لو وطئ قبل التكفير عامدا فكفارتان. ٥٩

و لو كرر الوطئ تكررت الواحده ٦١

و هل لو طلقها و انقضت العده حلَّت له من غير تكفير؟ ٦٢

و جوب تقديم الكفاره على المسيس.. ٦٥

و لو ماطل رافعته الى الحاكم ٦٥

(كتاب الإيلاء) ٦٧

حقيقه الايلاء شرعا؟ ٦٧

و هو الحلف على ترك وطئ الزوجه الدائمه أبدا ٦٧

□

و لا ينعقد الَّا باسم الله تعالى متلفظا به. ٧١

و هل يشترط فيه اللفظ الصريح؟ ٧٢

و لا يقع لو جعله يمينا أو حلف بالطلاق و العتاق. ٧٤

شرائط المؤلى. ٧٥

و هل يجوز الايلاء من العبد؟ ٧٥

و إذا تم الإيلاء فللزوجه المرافعه مع امتناعه عن الوطى. ٧٧

و لا يجبره الحاكم على أحدهما عينا ٨٠

و لو آلى مده حتى انقضت المده سقط حكم الإيلاء. ٨٢

هل يصح الإيلاء من الخصى و المجبوب؟ ٨٤

و هل تجب الكفاره فى الايلاء ام لا؟ ٨٤

مده الايلاء. ٩٠

حكم كفاره الظهار. ٩٤

حكم ما إذا وطئ المؤلى ساهيا أو مجنوناً أو لشبهه. ٩٦

ص: ٣٣٣

و لو ترفع الذمیان إلینا تخیر الامام ٩٧

حكم ما لو آلی ثم ارتد ٩٨

(كتاب اللعان) ٩٩

رمى الزوجه المحصنه. ٩٩

شرائط اللعان. ١٠١

و المراد بالمحصنه العفيفه. ١٠٥

و لا يجوز قذف الزوجه الا مع المعايينه للزنا ١٠٦

إنكار من ولد على فراشه. ١٠٩

و لو قذفها و نفى الولد و أقام بينه سقط الحد. ١١٣

و لا بد من كون الملاعن كاملا. ١١٥

صح لعان الأخرس بالإشاره المعقوله. ١٢١

وجوب نفى الولد اذا علم انه ليس منه. ١٢١

حرمه نفى الولد اذا امكن منه. ١٢٣

و يعتبر في الملاعنه الكمال و السلامه من الصمم و الخرس.. ١٢٥

و يثبت بين الحر و المملوكه لنفى الولد. ١٢٦

و هل يلحق ولد المملوكه بمالكها؟. ١٢٦

القول في كيفيه اللعان و أحكامه. ١٣٠

وجوب كونه عند الحاكم. ١٣٠

كيفيه اللعان. ١٣٢

شرائط اللعان. ١٣٤

و يجب البدء بالشهادة، ثم باللعن. ١٣٧

و يستحب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة. ١٣٧

و إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد. ١٤٠

و يتعلق بلعانها أحكام أربعة. ١٤١

ص: ٣٣٤

و لو أكذب نفسه في أثناء اللعان كان عليه حد القذف.. ١٤٢

حكم ما لو أكذبت نفسها بعد لعانها ١٤٦

و لو قذفها الزوج برجل وجب عليه حدان. ١٤٧

و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط.. ١٤٩

(كتاب الإقرار) ١٥٤

قاعده من ملك شيئاً ملك الإقرار به ١٥٦

(الأول الصيغه و توابعها) ١٥٧

و لو علّقه بالمشيئه بطل. ١٥٧

و يصحّ بالعربيّه و غيرها ١٥٩

و لا بدّ من كون المقرّ كاملاً خالياً من الحجر ١٦٠

و إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف في البلد ١٦٤

و لو أقرّ بلفظ مبهم صحّ. ١٦٤

و لو قال له على أكثر من مال فلان لزمه بقدره ١٦٦

حكم ما لو قال «له على كذا درهم» بالحركات الثلاث. ١٦٦

(الفصل الثاني في تعقيب الإقرار بما ينافيه) ١٧٣

حكم الاستثناء المستوعب. ١٧٣

حكم ما لو قال ليس له عليّ مائه إلّا تسعون. ١٧٥

حكم ما لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف. ١٧٦

حكم الاستثناء من غير الجنس.. ١٧٨

حكم الاستثناء المستغرق. ١٧٨

حكيم ما لو قال له على عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه ١٧٩

و لو قال له على قفيز حنطه بل قفيز شعير لزمه ١٨١

و لو قال: هذه الدار لزيد بل لعمر و ١٨٢

من احكام الاقرار ١٨٣

ص: ٣٣٥

(الفصل الثالث فى الإقرار بالنسب) ١٨٥

شرائط المقرّر ١٨٥

و يشترط فى نفوذ الإقرار مطلقا عدم المنازع. ١٨٦

و لو تصادق اثنان فصاعدا على نسب غير التولّد صحّ. ١٨٧

و لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه ١٨٧

و لو أقرّ العمّ بأخ للميت دفع اليه المال. ١٨٩

لو أقرت الزوجه بولد فصدقها الإخوه أخذ الولد المال. ١٩٠

و لو أقرّ الولد بآخر دفع اليه النصف. ١٩١

و لو أقرّ بزوجه للميت أعطاه النصف. ١٩٢

(كتاب الغصب) ١٩٦

حقيقه الغصب. ١٩٦

و سحب مقود الدّابّه غصب للدّابّه ١٩٨

و غصب الحامل غصب للحمل. ١٩٨

حكم الأيادى المتعاقبه على المغصوب. ١٩٩

و يجب ردّ المغصوب ما دامت العين باقيه ٢٠٤

كيفية الضمان. ٢٠٥

هل يلزم الغاصب باعلى القيم ام لا؟ ٢٠٨

حكم ما لو غصب مثل الخفّين. ٢١١

حكم ما لو زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب.. ٢١١

حكم ما لو غصب شاه فأطعمها المالك جاهلا. ٢١٦

حكم ما لو مزج المغصوب بغيره ٢١٦

حكم ما لو زرع الحب أو أحضن البيض... ٢١٨

حكم اختلافهما فى القيمة. ٢١٩

و لو اختلفا فى الردّ حلف المالك. ٢٢٠

(كتاب اللقطه) ٢٢١

الفصل. ٢٢٣

ص: ٣٣٦

(الأول: فى اللقيط) ٢٢٣

حكم اللقيط المملوك. ٢٢٥

شرائط الملتقط. ٢٢٧

و الواجب حضائته بالمعروف.. ٢٣١

و لا ولاء عليه للملتقط. ٢٣٤

و إذا خاف عليه التلف وجب أخذه كفايه. ٢٣٥

و يحكم بإسلامه إن التقط فى دار الإسلام مطلقا ٢٣٦

و ان اختلفا فى الإنفاق. ٢٣٩

و لو تشاح ملتقطان أقرع. ٢٣٩

و لو تداعى بنوّته اثنان و لا بينه فالقرعه. ٢٤٠

الفصل. ٢٤١

(الثانى فى لقطه الحيوان) ٢٤١

و أخذه فى صوره الجواز مكروه ٢٤١

و هل يستحبّ الأشهاد عليه؟ ٢٤٢

و البعير و شبهه إذا وجد فى كلاء و ماء صحيحا ترك. ٢٤٢

حكم الشاه فى الفلاه ٢٤٤

حكم ما لو وجدت الشاه فى العمران. ٢٤٨

و هل لا يشترط فى الأخذ إلّا الأخذ؟ ٢٤٩

و لا يضمن إلّا بالتفريط. ٢٥٠

الفصل. ٢٥١

(الثالث فى لقطه المال) ٢٥١

حكم لقطه الحرم ٢٥١

و جوب تعريف اللقطه حولا. ٢٧٠

اللقطه امانه ما لم يحصل الموجب للضمان. ٢٧١

حكم التقاط العبد على مبنى المصنف.. ٢٧٣

و لا تدفع إلاً بالبينه لا بالأوصاف الموجبه للظن. ٢٧٤

حكم الموجود فى مفازه او خربه أو مدفونا فى الأرض... ٢٧٦

حكم ما يوجد فى جوف السمكه. ٢٨٠

حكم الموجود فى صندوقه مع شاركه الغير له و عدمه. ٢٨١

حكم مجهول المالك ٢٨٣

ص: ٣٣٧

(كتاب احياء الموات) ٢٨٨

ما لا يجوز إحياءه للتملك. ٢٩٢

و لو جرى عليه ملك مسلم فهو له و لو ارثه بعده ٢٩٥

و كل أرض أسلم عليها أهلها طوعا فهي لهم ٢٩٨

و كل أرض ترك أهلها عمارتها فالمحيى أحق بها ٢٩٩

شروط الإحياء المملّك. ٣٠٢

حریم بعض الأملاك. ٣٠٥

و حریم بئر الناضح ستون ذراعا ٣٠٨

حریم بئر المعطن. ٣٠٨

حریم القناه ٣١٠

و حریم الحائط مطرح آلاته ٣١١

و المرجع فی الأحياء إلى العرف. ٣١٢

القول فی المشتركات. ٣١٣

فمنها المسجد ٣١٤

و منها المدرسه و الرباط. ٣١٨

و منها الطرق. ٣١٨

و منها المياه المباحه ٣١٩

و منها المعادن. ٣٢١

و من احكام المشتركات. ٣٢٥

الفهرس ٣٣٢

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می
نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه
اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

